الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة منتوري – قسنطينة

كلية الحقوق

التصرف في الملكية العقارية الشائعة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

فرع : القانون العقاري

إعداد الطالب :

وهاب عياد

تحت إشراف :

الأستاذ الدكتور : عبد الرزاق بو بنديr

أعضاء لجنة المناقشة :

الأستاذ الدكتور : مكي دردوس	رئيسا .	جامعة منتوري قسنطينة
الأستاذ الدكتور : عبدالرزاق بوبندير	مشرفا ومقررا .	جامعة منتوري قسنطينة
الأستاذ الدكتور : عبدالحفيظ طاشور	عضوا .	جامعة منتوري قسنطينة

السنة الجامعية : 2008/2007

المقدمــــــــــة

تعرف المادة 674 من القانون المدني الجزائري الملكية بحق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط الاستعمال استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة .

ويعني نص المادة 674 من القانون المدني أن لمالك الشـــيء ـــ وفي موضـــوع بحثنا العقار ـــ الحق في أن يتصرف في ملكه بجميع أوجه التصرف، فله أن يبيع مـــا يملكه أو جزء منه بمقابل كالبيع، أو بدون مقابل كالهبة، وله ايضـــا أن ينقـــل أي عنصر من عناصر ملكيته كأن يرتب على ملكه حق انتفاع ، أو حق استعمال ، أو إن يرتب على ملكه حق الارتفاق أو رهن رسمي أو حيازي وما إلى ذلك .

ويتميز حق الملكية، أو حق المالك على ملكه بأنه حق مانع ، حـــق مقصـــور على المالك دون غيره فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته .

ويترتب على ميزة حق الملكية كونه حق مانع ، إن الشـــيء الواحـــد ، وفي موضوع بحثنا العقار ، لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد ، فيجوز أن يكون هذا الشئ أو العقار مملوكا لشخصين على الشيوع، ولكن لا يملـــك أي منهما الشئ أو العقار كله، وان كل ما يملكه كل منهما هو جزء من الشـــيء أو العقار شائعا .

ولا خلاف في أن حق الملكية ليس حقا مطلقا بالنظر إلى وظيفته الاجتماعية التي يتعين على المالك القيام بها حتى يحظي بحماية القانون لملكه ، فلم يراعي هـــذه الوظيفة كان غير مستحق لهذه الحماية، وترتيبا على ذلك إذا تعارض حق المالـــك مع مصلحة عامة أو مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالـــك ، قـــدمت المصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة أولى بالرعاية .

وقد تقتضي المصلحة العامة أن يقيد حق المالك فيمتنـــع عليـــه الاحتجـــاج بالاعتداء على حرمة ملكيته للاعتراض على ما تقوم به الدولة من أعمـــال فـــوق سطح الأرض المملوكة له أو تحتها دون أن يسبب له ضررا .

وقد تقتضي المصلحة الخاصة الأولى بالرعاية أن يقوم الغـــير بأعمـــال معينـــة تتعارض مع عقار مالك الشئ أو العقار موضوع بحثنا ، أو يقومون بإجبار المالـــك على القيام بأعمال معينة .

ففي الملكية الشائعة موضوع بحثنا يخول المشرع ، بموجب المـــادة 714 مـــن القانون المدني ، لشريك في الشيوع الحق في أن يتصرف منفردا في حصته الشـــائعة التي يملكها ملكا تاما بأن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف، ويخول المشـــرع في نفس الوقت لأغلبية الشركاء في الشيوع أن يتصرفوا في العقار الشائع كله ، رغـــم معارضة الأقلية بدعوى حماية هذه الأغلبية من تعنت الأقلية ، وذلك بموجب المادة 720 من القانون المدني .

وإذا كان ظاهر المادة 720 من القانون المدني أن إحكامها تهـــدف إلى تـــوفير الحماية للأقلية من الشركاء من تعسف الأغلبية لاستعمالها لحقها في التصـــرف في العقار الشائع كله دون موافقة الأقلية منهم.فإن عدم اهتمام المشرع ببيان الأسباب التي يمكن إن تستند إليها الأغلبية في التصرف في العقار الشائع دون موافقة جميـــع الشركاء من شأنه أن يعرض مصالح الأقلية من الشركاء في الشيوع إلى الضياع .

وقد آثرت البحث في موضوع التصرف في العقار الشائع لماله من أهميه علمية وعملية في بيان أحكامه في القانون المدني الجزائري أساسا، ومـــا يعتـــري هـــذه الأحكام من نقائص التي من شأنها أن تثير إشكالات نظرية وعملية ولا سيما في ما يتعلق في حماية الأقلية من الشركاء في الشيوع من تعسف أغلبيتهم في العقار الشائع

دون رضائهم وأضرارا بهم مقارنه بالقوانين المقارنة مسترشدا بذلك بآراء الفقهـــاء واجتهاد القضاء.

و لما كان التصرف في العقار الشائع قد يكون من طرف الشريك منفـــردا في حصته الشائعة وقد يكون من طرف اغلبي الشركاء في الشيوع ، فقـــد عالجـــت موضوع البحث في فصلين، تناولت في الفصل الأول تصرف الشريك في الشـــيوع منفردا في العقار الشائع و فيه تطرقت في المبحث الأول إلى تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار، وفي المبحث الثاني إلى تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع، و في المبحث الثالث تعرضت إلى تصرف الشريك منفـــردا في العقار الشائع كله . فيما خصصت الفصل الثـــاني إلى تصـــرف الشـــركاء في الشيوع مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع ، وفيه تعرضـــت إلى تصـــرف الشركاء في الشيوع مجتمعين في العقار الشائع في المبحث الأول فيمـــا خصصـــت المبحث الثاني إلى تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في الشيوع في العقار الشائع. ناهيا موضوع البحث بخاتمة ضمنتها أهم ما خلصت إليه من نتائج .

الفصل الأول

تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع

الفصل الأول
تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع

تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها. وإذا كان تصرفه منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيبه انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل للشريك المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه أن يبطل التصرف إذا كان يجهل أن الشريك المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة."

يفهم من هذا النص أن للشريك في الشيوع الحق أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة في العقار، أو يتصرف في جزء مفرز منه، وقد يتصرف في العقار الشائع كله. ومن هذا المنطلق سنتعرض فيما يلي لأحكام كل نوع من هذه التصرفات على أن نخصص مبحث أولا لتصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار، ونتناول في مبحث ثانٍ تصرف الشريك منفردا في جزء من العقار الشائع، ونعالج الكل، وذلك وفقا للخطة التالية:

المبحث الأول : تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار.
المبحث الثاني: تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع.
المبحث الثالث: تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله.

المبحث الأول
تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار

لقد قرر المشرع الجزائري في نص المادة 714 من القانون المدني أن "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها...".

إنطلاقا من هذا النص، يحق للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف؛ ذلك أن الملكية الشائعة هي حق ملكية تام، فهي ملكية فردية شأنها شأن الملكية المفرزة.

وقد يكون التصرف الصادر من الشريك في الشيوع إلى أحد الشركاء، إلى بعضهم أو إلى جميع الشركاء، كما يمكن أن يكون التصرف صادرا إلى أجنبي عن الشركاء. وفي حالة التصرف إلى أجنبي، يجوز لباقي الشركاء أن يستردوا الحصة المتصرف فيها(1).

بناء على ذلك سنبحث حكم تصرف الشريك في حصته الشائعة في العقار، ثم آثار هذا التصرف في أحقية باقي الشركاء في استرداد هذه الحصة أو ممارسة حق الشفعة، كلٌ في مطلب مستقل.

المطلب الأول
حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار

تنص المادة 714 من القانون المدني أنه يجوز للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة بجميع أنواع التصرف، سواء أكان هذا التصرف بعوض (تصرف معاوضة) كالبيع أو المقايضة أم كان تصرف تبرع كالهبة.

---

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – المجلد الثامن، ص 843 ، ط 1970.

ويجوز أن يتصرف الشريك في الشيوع في حصته الشائعة إلى أحد الشركاء أو إليهم جميعا. وإذا ترتب على تصرف الشريك إلى شريك آخر زوال حالة الشيوع، فإن هذا التصرف يعتبر في حكم القسمة بطريق التصفية، كما لو بيع العقار الشائع كله لأحد الشركاء[1].

يجوز كذلك أن يتصرف الشريك في حصته الشائعة إلى أجنبي من غير شركائهم وفي هذه الحال يكون لهؤلاء الشركاء ممارسة حقهم في استرداد هذه الحصة طبقا للمادة 721 من القانون المدني، أو ممارسة حق الشفعة عليها طبقا للمادة 795 من نفس القانون.

إن الحصة الشائعة هي نصيب الشريك في مجموع المال المشاع مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه فيه[2]. وعليه فإن الشيوع في الملك يتوفر عندما نكون بصدد عقار أو مجموع متكون من عقار ومنقول مملوك في مجموعه لشخصين فأكثر، دون أن يخصص لكل منهم جزء مادي معين، وقد تكون الأنصبة فيه متساوية، كما قد تكون متفاوتة، وهذا بالرجوع إلى مصدر الشيوع سواء أكان بيعا أوصية أو ميراثا أو غيره من المصادر المختلفة للشيوع، ومنه يكون لكل شريك في الشيوع الحق في كل جزء من أجزاء العقار المشاع بقدر نصيبه[3]. وبتفحص النصوص القانونية التي نظمت الملكية الشائعة من المادة 713 إلى 743 من القانون المدني، فإننا لا نجد أثرا لتعريف الحصة الشائعة، وإنما عمدت إلى تعريف الشركاء في الشيوع، كما أن المشرع لم يخصص مجالا للملكية العقارية الشائعة، وإنما جاءت النصوص بصفة العموم (الملكية الشائعة).

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية المجلد الثامن، ص 843 .
(2) ــ انور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء الحادي عشر ، ص 346 ، ط 2004 .
(3) ــ انور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ، الجزء الحادي عشر، ص 347 .

إن ما يهمنا في موضوع البحث هي الملكية العقارية الشائعة، والتي يجوز فيها للشريك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة على النحو الذي يخوله القانون للمالك ملكية مفرزة، باعتبار أن الملكية الشائعة تتوفر على جميع عناصر الملكية من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، بإمكان الشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة بوجه لا يتعارض مع حالة الشيوع القائمة بأن يستعملها أو يستغلها أو يتصرف فيها، إن تصرف الشريك في حصته الشائعة منفردا، يقع صحيحا ومنتجا لكل أثاره القانونية شريطة أن لا يترتب على تصرفه هذا ضرر لباقي الشركاء المشاعين.

وقد يكون تصرف الشريك في حصته الشائعة ناقلا للملكية لكل الحصة أو لبعضها أي جزء شائع منها، وفي حالة كون التصرف ناقلا للملكية لكل حصة، فإن الإشكال لا يطرح، ذلك أن المتصرف له كل محل الشريك المتصرف ويصبح بدوره مالكا على الشيوع أو شريكا على الشيوع لباقي الشركاء في العقار الشائع(1) مع مراعاة الإجراءات الخاصة واللازمة لإحداث الأثر في نقل الملكية (تسجيل + إشهار).

أما إذا كان التصرف الصادر من الشريك في الشيوع منصبًا على بعض أو جزء من حصته الشائعة، كأن يبيع أو يهب جزءاً من حصته، فإن المتصرف له يصبح شريكا في الشيوع بنسبة الحصة التي اشتراها مثلا، ويبقى الشريك الأصلي المتصرف في جزء من حصته شريكا أيضا بنسبة ما تبقى له من حصته الشائعة.وللتوضيح أكثر نسوق المثال التالي:

إذا كان الشريك في الشيوع يملك حصته في العقار بنسبة النصف (½) وتصرف بالبيع إلى شخص آخر في جزء من حصته ، ولتكن الربع (¼) فإن

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري، وسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية المجلد الثامن، ص 843 .

المتصرف له أي المشتري يصبح شريكا جديدا في الشيوع بنسبة الربع (¼). ويبقى الشريك الأصلي مالكا على الشيوع بنسبة ما تبقى له والمقدر بالربع (¼).

أما إذا كان العقار داخلا في مجموع مال شائع. كأن تكون، مثلا، شـركة مكونة من مجموعة عقارات شائعة من بينهما قطعة أرضية وتصـرف الشـريك في الشيوع منفردا في حصته الشائعة في قطعة الأرض فقط فإن تصرفه صحيحا ومنتجا لآثاره. ويحل المشتري محل الشريك المتصرف في القطعة الأرضية فقط دون بـاقي المال الشائع. وإذا ما أراد الشركاء في الشيوع إزالة وإنهاء حالة الشيوع فلا بد لهم في هذه الحالة، إجراء قسمتين:

القسمة الأولى : تقع بين الشركاء في الشيوع في القطعة الأرضية وبين المشتري الذي حل محل الشريك الأصلي في قطعة الأرض التي باعها له.

القسمة الثانية: تكون بين الشريك الأصلي الذي تصرف في حصته الشائعة في قطعة الأرض وبين باقي الشركاء في باقي المال الشائع.

ويلاحظ على تصرف الشريك في حصته الشائعة الداخلة في مجمـوع المـال الشائع، حصول تعقيدات بعده، وهذا ما جعل بعض التشريعات لا تجيز مثل هـذا التصرف إلا إذا كان باتفاق جميع الشركاء وهذا ما أخد به التشريع الألماني[1]، في حين أن بعض الفقه الفرنسي يجيز التصرف في الحصة الشائعة، ولكن أثره متوقـف على نتيجة القسمة فيما بعد، فإذا وقع العقار الشائع (الحصة) المتصـرف فيـه في نصيب التصرف، فإن تصرفه صحيحا، ويأخذ حكم المتصرف في حصته الشـائعة. أما إذا وقعت الحصة التي تصرف فيها في نصيب أحد الشـركاء الآخـرين، فـإنّ تصرفه يقع باطلا لأنه تصرف في ملك غيره[2].

---

(1) ـــ **عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامـــن، ص 844.**

(2) ـــ **المرجع نفسه، ص 845 .**

غير أن القضاء المصري ذهب في اجتهاده إلى غير ذلك، حيث أقرّت محكمة النقض المصرية أنّ للشريك في الشيوع في مجموع عقارات، أن يتصرف في حصته الشائعة في بعض هذه العقارات بالبيع، وفي هذه الحالة يصبح المتصرف له (المشتري) مالكا في الشيوع مع باقي الشركاء المشاعين في العقارات التي آلت إليه وبذلك يكون هو صاحب الشأن في القسمة التي سوف تجري بين الشركاء المشاعين، وهذا متى سجل المشتري عقد البيع الذي ابرم بينه وبين البائع (الشريك الأصلي في الشيوع) (1).

أما المشرع الجزائري وفيما يخص هذه النقطة، فإنه كان واضحا، إذ بالرجوع إلى نص المادة 714 من القانون المدني نجده قد أقر للشريك في الشيوع أن يتصرف منفردا في حصته الشائعة، ولكن بشرط عدم الإضرار بمصالح باقي الشركاء. فكل تصرفات الشريك في المال الشائع سواء بنقل ملكيتها أو بترتيب حق عيني معين عليها صحيحة سواء أكان التصرف الناقل للملكية ــ بيعا أو هبة ــ منصبا على كل حصته الشائعة أو على جزء منها، فالعبرة دائما تكون في التصرف بعدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء في الشيوع، وهذا ما أقرته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في عدة قرارات منشورة في المجلات القضائية.ونذكر في هذا الصدد، على سبيل المثال، القرار 63765 الصادر بتاريخ 1990/10/29 الذي جاء فيه ما يلي: " ولما كان من الثابت ــ في قضية الحال ــ أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أن ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع، أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"(2).

---

(1) ــ **عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص 845 .**

(2) ــ **المحكمة العليا – الغرفة المدنية – قرار بتاريخ 29 /1990/10 تحت رقم 63765 ،المجلة القضائية ، العدد الرابع، سنة 1992 .**

كما أكّدت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا نفس الموقـف في قرارهـا رقـم 186043 الصادر بتاريخ 1999/03/24 إذ جاء فيه أنه "يجب لأحد الشركاء على الشيوع التصرف في منابه المفرز شريطة عدم الإضرار بباقي الشركاء" . وجـاء في أسبابه : " حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه في صفحته الثالثة يتضـح أن قضاة المجلس أكدوا أنه طالما أن المستأنف عليهم لم يثبتوا أن البيع قد أضر بمصالحهم حتى ولو تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابه دون فرزه طالما أنه لم يلحق أي ضرر بمناب شركائه، وهو ما لم يتبث في قضية الحال، وعليه قرروا إلغاء الحكـم المستأنف وقضوا من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث أنه يتبين مما سبق أن قضاة المجلس لاحظوا أن الطـاعنين لم يثبتـوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابة لذا قضـوا ـــ على حق ـــ برفض طلب الطاعنين الرامي إلى إبطال هذا التصرف، وبهذا طبقوا أحكام المادة 714 من القانون المدني.

وحيث أن أنه يتبين مما سبق أن القرار المطعون فيه معلل تعليلا كافيـا ولـه أساس قانوني على خلاف ما جاء في هذا الوجه الذي يجب رفضه"(1).

من خلال ما تقدم ذكره من اجتهاد المحكمة العليا وذلك على سبيل المثـال، نستنتج أن المحكمة العليا أكدت المبدأ القانوني الذي وضعه المشرع بأحكـام نـص المادة 714 قانون مدني، بإقرار حق الشريك في الشيوع التصرف في حصته الشائعة أسواء كانت عقارا أو منقولا أو مجموع عقار ومنقول غير مفرز، شـريطة عـدم الإضرار بحقوق باقي الشركاء. فالتصرف في كل حصة شائعة أو بعض هذه الحصة تصرف صحيح طالما أنه لا يضر بحقوق باقي الشركاء في الشيوع.

(1) ـــ المحكمة العليا – الغرفة العقارية – قرار بتاريخ 1999/03/24 تحت رقم 186043 ، المجلة القضائية العدد الرابع، سنة 2000 ص 195.

كما نخلص إلى أن الشريك متى تصرف منفردا في حصته الشائعة يترتب عنه حلول المتصرف له " المشتري، الموهوب له" محل الشريك المتصرف بنقل ملكية حصته الشائعة، ويصبح هو الشريك في الشيوع بدلا من الشريك الأصلي(1). وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بإجراءات الشهر التي ترتب الأثر الناقل للملكية تطبيقا لأحكام المادة 793 قانون مدني.

هذا إذا كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع ناقلا للملكية كالبيع أو الهبة مثلا، فما هو الحكم لو كان التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع من التصرفات التي ترتب حقا عينيا أصليا كان أم تبعيا على حصته الشائعة ؟.

إذا كان للشريك الحق في أن يتصرف في حصته الشائعة في العقار بجميع أنواع التصرف الناقلة للملكية، فإنه لا يمكنه أن يرتب على هذه الحصة الشائعة جميع الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، وسوف نبين فيما يلي الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية التي يمكن للشريك في الشيوع ترتيبها على حصته الشائعة في العقار.

إن الحق العيني هو سلطة فعلية على شيء معين بالذات وهو نوعان: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية(2).وسنتناول بالبحث ذلك في ما يلي:

أولا: الحقوق العينية الأصلية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيوع

إن أهم الحقوق العينية الأصلية، عدا حق الملكية، هي حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الحكر. وبالنظر إلى طبيعة كل من حقي الحكر والارتفاق، فإنه يستعصي على الشريك في الشيوع كترتيب حق حكر على حصته الشائعة، لأن

(1) ـــ **عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن ص 843.**
(2) ـــ **عبد المنعم فرج الصدة ،- الملكية في قوانين البلاد العربية ص 38- دار الفكر العربي.**

الحكر يستوجب البناء والأغراس بمعنى إقامة منشآت في أرض مفرزة، هذا بالإضافة إلى أن الحكر أصبح لا يجوز ترتيبه على أرض موقوفة، فالأرض الموقوفة، كما هو معلوم، لا تكون شائعة لأنها ملك للوقف(1).

وأما حق الإرتفاق فإنه لا يرد على حصة شائعة ومن ثم فلا يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب على حصته الشائعة حق ارتفاق لأنه يتطلب قيام صاحب الارتفاق مباشرة بأعمال لا تصح ولا يمكن مباشرتها إلاّ على عقار مفرز. ويرى بعض الفقه أنه يجوز لجميع الشركاء في العقار الشائع أن يرتبوا حق ارتفاق على هذا العقار ويبقى قائما مهما كانت نتيجة القسمة(2).

أما حق الانتفاع فإنه يمكن للشريك في الشيوع ترتيب ذلك على حصته الشائعة في العقار وبذلك يكون للمنتفع (صاحب حق الانتفاع) جميع الحقوق التي يخولها له الانتفاع بما يتلاءم وطبيعة الشيوع، فيمكنه استغلال الحصة الشائعة والقيام بإدارتها أو المشاركة في إدارتها مع باقي الشركاء، وتسري على ذلك أحكام الإدارة المعتادة للمال الشائع وفيها يقيد بصوت المنتفع ورأيه وليس بصوت أو رأي الشريك الأصلي صاحب الرقبة.

وإذا تجاوز الأمر إلى الإدارة غير المعتادة، وكذلك في أعمال التصرف وطلب القسمة، فإن الأمر يعود للشريك الأصلي صاحب الرقبة ولا شأن لصاحب حق الانتفاع في ذلك أما عند إنقضاء حق الانتفاع قبل القسمة أي قبل انقضاء الشيوع يستجمع الشريك الأصلي صاحب الرقبة عناصر الملكية كاملة ويمارس جميع حقوق الشريك في الشيوع. وإذا استمر حق الانتفاع إلى ما بعد القسمة أي بعد إنهاء حالة

(1) ــ عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص 845.

(2) ــ المرجع نفسه، ص 845 .

الشيوع بأن قسمت العين الشائعة ووقع منها جزء مفرز في نصيب الشريك الأصلي صاحب الرقبة، انتقل حق الانتفاع المرتب على ذلك الجزء الذي أصبح مفرزا بعد القسمة إلى المنتفع بحكم الحلول العيني(1).

وبناءا على الإمكانية المتاحة للشريك الأصلي ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة فإنه يكون كما سلف الذكر لصاحب الانتفاع أي المنتفع الحق في الانتفاع بتلك الحصة ولكن يبقي في الشيوع. وطالما أن حالة الشيوع قائمة، فله حق الاستعمال والاستغلال بدون وماطة لأن حق الانتفاع باعتباره حقا ا يخوله سلطة مباشرة على العقار محل الانتفاع، كما يمتد ذلك الانتفاع إلى ملحقات العقار .بمعنى ينتفع به كما لو كان مالكا له ولكن في حدود الغرض الذي أعد له ذلك العقار، فإذا كان مسكنا انتفع به بالسكن فيه، وإذا كان أرضا زراعية انتفع بها أي استغلها في حدود طبيعتها بما في ذلك انتفاعه بما عليها من حقوق ارتفاق كالمرور وغيره. وفي المقابل يتحمل التزام الصيانة والمحافظة على العقار محل الانتفاع بمعية باقي الشركاء(2).

ونخلص في هذا الإطار إلى أنه للشريك في الشيوع الحق في ترتيب حق الانتفاع على حصته الشائعة في العقار كلها أو جزء منها مع إحتفاظه بملكية الرقبه واستجماع عناصر الملكية كاملة بعد إنقضاء حق الانتفاع قبل انتهاء حالة الشيوع، كما نخلص أيضا إلى أن المنتفع أي صاحب حق الانتفاع له جميع السلطات والحقوق التي يخولها له حق الإنتفاع من استعمال واستغلال وتصرف في الانتفاع بالبيع أو التنازل أو الرهن في حدود ما يخوله حق الانتفاع، ودون المساس بملكية

(1) ــ عبد الرزاق أحمد السنهوري،- الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية) المجلد الثامن، ص 846.

(2) ــ نبيل إبراهيم سعد،- الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني- دراسة مقارنة ص 260.

الرقبة التي تبقي قائمة للشريك الأصلي، ويتحمل كذلك عبء الإدارة والصيانة والمحافظة على العقار محل الانتفاع باعتباره شريكا في الشيوع قبل انتهائه.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار الشائع

خلافا للحقوق العينية الأصلية التي تعطي لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء، فإن الحقوق العينية التابعة توجد مستقلة وتكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، ولذلك وردت بإسم التأمينات العينية وتشمل حق التخصيص و حق الامتياز والرهن الرسمي والرهن الحيازي. وسنتكلم علي كل واحدة منها على حدة.

1 - حق التخصيص

وقد نظم أحكامه المشرع الجزائري في القانون المدني بنص المواد من 937 إلى 947، و لم يورد له تعريفا وإنما اكتفى بتحديد كيفية إنشائه وآثاره وانقضائه. وحق التخصيص أو الاختصاص هو حق عيني تبعي يختص فيه الدائن بعقارات مدنية، ويكون بناء على حكم واجب التنفيذ يقضي بإلزام المدين بالدين، فيستطيع الدائن بموجب هذا السند أن يستوفي حقه من مدينه متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة[1]. وصورته أن الشريك في الشيوع مدين لشخص آخر بدين ثابت بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ فإنه يمكن لهذا الدائن الحامل للسند القضائي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار تخصيص على الحصة الشائعة التي يملكها مدينه ضمانا لدينه، ويقدم ذلك الطلب في شكل عريضة إلى رئيس المحكمة التي تقع في دائرتها الحصة التي يملكها المدين وتكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو

(1) ــ عبد الرزاق أحمد السنهوري، - الوسيط في شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية) المجلد العاشر، ص 660 .

بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم وتشـمل بالإضـافة إلى ذلـك البيانات المذكورة في المادة 941 من القانون المدني.

وبعد ذلك يدون رئيس المحكمة متى توافرت لديه الشروط اللازمة لـذلك في ذيل العريضة، أمره بالتخصيص مراعيا في ذلك مقدار الدين وقيمة العقارات المبينـة بالعريضة. ويمكنه جعل الاختصاص مقصورا على جزء من الحصة الشـائعة الـتي يملكها المدين إذا ما كان ذلك كافيا لضمان وتأمين دفع أصل الدين، وما ترتـب عليه من مصاريف. ويكون أمر الاختصاص واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميـع طرق الطعن، وهذا طبقا لأحكام المادة 942 من القانون المدني. غير أنـه يجـوز للمدين الذي هو الشريك في الشيوع، أن يرفع تظلمه من الأمر بالتخصيص. أمـا القاضي الذي أصدره، وهو رئيس المحكمة وفي حالة رفض هـذا الأخـير طلـب التخصيص المقدم من الدائن سواء أكان الرفض في بادي الأمر أو بعد قيام المـدين بإجراءات النظم، فإنه يجوز للدائن أن يتظلم من أمر رفض التخصيص إلى المجلـس القضائي.

وتجدر الإشارة هنا إلي أن للدائن الذي حصل على حق التخصـيص نفـس الحقوق التي للدائن الذي حصل على الرهن ويسرى على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام خاصة منها ما يتعلق بالقيد وتجديده وشطبه وعدم تجزئتـه وآثاره وإنقضائه تطبيقا لأحكام المادة 947 من القانون المدني.

نخلص في هذه الإطار أنه للشريك في الشيوع، إذا ما كان مدينا لشخص آخر بموجب حكم قضائي واجب التنفيذ، أن تكون حصته الشـائعة في العقـار محـلا للتخصيص كلها أو بعضا بحسب مقدار الدين.

2 ـ حـق الامتيـاز

إذا كان التخصيص أو الاختصاص يتقرر لفائدة الدائن بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على وجود حكم قضائي واجب التنفيذ، فإن حق الامتياز لايتقـــرر إلاّ بموجب نص قانوني تتحدد به مرتبة الدائن صاحب الامتياز لأن في هذه الحالة نجـــد أن الحق هو المختص بالامتياز وليس الدائن، وبذلك فـــإن حـــق الامتيـــاز عـــن سائرالحقوق العينية التبعية، (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي والاختصاص)يثمثل، في كون حق الامتياز لايتقرر إلا بنص في القانون. وما لم يوجد نص بذلك لا يوجـــد امتياز، فهو لا يتقرر لا بالارتفاق ولا بالحكم القضائي، وكذلك من حيث كـــون الممتاز هو الحق في حق الامتياز وليس الدائن على عكس باقي الحقوق العينية التبعية التي يكون فيها الدائن هو محل الإعتبار(1).

وينقسم حق الامتياز إلى حقوق امتياز عامة وحقوق امتياز خاصة. فأما العامة فهي التي تكون على جميع أموال المدين كامتياز النفقة والمبالغ المستحقة للأجراء في حين أن الخاصة هي التي تكون إما على منقول معين كامتياز بائع المنقول وامتيـــاز المؤجر، أو على عقار معين كامتياز بائع العقار وامتياز المتقاسم في العقار. فالبـــائع العقار حق الامتياز فيما يستحق من الثمن وملحقاته(2). وهـــو الشـــأن بالنســـبة للشريك في الشيوع الذي يتصرف بالبيع في حصته الشائعة في العقار كلها أو جزء منها، ولم يقبض الثمن كله أو جزءاً منه، فيكون له حق امتياز على الحصة الشائعة التي تصرف فيها وانتقلت ملكيتها للمتصرف له الذي أصبح مدينا بثمن الحصة كله أو بعضه في حدود المبلغ كاملا أو في حدود ما تبقى منه.

تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري نظم أحكام حقوق الامتياز في التقنين المدني في المواد من 982 إلى 1001 منه.

(1) ــ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) المجلد العاشر، ص 922 .

(2) ــ المرجع نفسه، ص 922 .

3 ـ الرهــن الرسمـــي

وردت أحكام الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري في المواد من 882 إلى 936 منه وما يهمنا في هذا البحث هو نص المادة 890 التي تنص على مـــا يلـــي: "يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجـــة الـــتي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبتـــه إلى الأعيـــان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل. ويـــبين هـــذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطـــره فيـــه أي ذي شـــأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صـــدر مـــن جميـــع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين ".

من خلال هذا النص يتضح أنه يجوز رهن العقار الشائع. إذ يمكن رهنه كاملا من كل الشركاء المشاعين أو رهن حصة شائعة من العقار كلها أو بعضها من قبل أحد الشركاء في الشيوع ويكون ذلك نافذا أو صحيحا مع ما يترتب عليه من آثار في حالة القسمة أي إنهاء الشيوع.

فإذا أقام الشريك في الشيوع رهنا رسميا على حصته الشائعة في العقار كلـــها أو بعضها، يكون تصرفه صحيحا مادام العقار شائعا بين كل الشركاء المشاعين.

وإذا باع حصته الشائعة المرهونة انتقلت مثقلة بالرهن إلى المشتري، أمـــا إذا اقتصر تصرف الشريك على الرهن فقط وقسّم الشركاء العقار الشائع بعد ذلـــك

فوقع كله أو بعضه في نصيب الشريك الراهن، فإنه ينتقل أو ينتقل مرهونا بعضه في الشيوع بمقدار حصة للشريك الراهن فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه[1]. ولكن قد ينتج عن القسمة أن يقع في نصيب الشريك الراهن، لا العقار المرهون ولا جزء منه وإنما يقع في نصيبه عقار آخر. ففي هذه الحالة تطبق نظرية الحلول العيني، وذلك بأن يحل العقار الجديد محل العقار الذي كان يشكل الحصة الشائعة المرهونة وبذلك ينتقل مرهونا بدلا من العقار الأول ويتبع الدائن المرتهن في ذلك إجراءات معينة في قيد رهنه الجديد حتى يحتفظ بمرتبة الرهن الأول. ولولا الحلول العيني، لقيل إن العقار الآخر الذي وقع في نصيب الشريك الراهن لم يسبق رهنه من هذا الشريك، وبذلك لا ينتقل الرهن إلى هذا العقار.

كما أنه قد لا يقع في نصيب الشريك الراهن لا العقار المرهون ولا عقار آخر، وإنما يقع في نصيبه منقول، ففي هذه الحالة يفقد الدائن المرتهن حق رهنه على العقار المرهون لأنه وقع في نصيب شريك لم يرهنه وكذلك لا ينتقل رهنه الرسمي إلى المنقول لأنه لا يقبل ذلك أصلا[2].

أما إذا وقع في نصيب الشريك الراهن مبلغ من النقود، فإن الدائن المرتهن يحتفظ بحقه في التقدم في استيفاء حقه من هذه النقود. نخلص في هذا الإطار إلى أن المشرع الجزائري أقر للشريك في الشيوع حق رهن حصته الشائعة في العقار الشائع كلها أو بعضها، من باب أن كل شريك يملك بقدر حصته في كل جزء من أجزاء العقار الشائع، ولكنه لا يملكه وحده، وإنما يشترك معه باقي الشركاء كل بقدر حصته. ويظل هذا الوضع حتى ينقضي الشيوع بالقسمة قضاء أو رضاء. وطالما أن لكل شريك ملكية جزء في العقار الشائع، فإنه من ثم يكون له الحق في رهن ما

(1) ــ عبد الرزاق أحمد السنهوري، - الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية) المجلد العاشر، ص 329 .

(2) ــ المرجع نفسه، ص 331 .

يملك. ويكون رهنه صحيحا ونافذا سواء تعلق الرهن بحصته شائعة أو مفـــرزة. إلاّ أنه إذا تمت القسمة واختص الشريك الراهن بحصة غير التي كان قد رهنها مفـــرزة، انتقل الرهن إلى الحصة التي اختص بها الشريك الراهن بناء على القسمة بما لها مـــن أثر مفاده أن الشريك الراهن كان يمتلك تلك الحصة وحدها منذ نشـــوء الشـــيوع فينتقل إليها الرهن بحكم القانون إذا كان من قبل واردا على حصة غـــير مملوكـــة للراهن(1).

وعلى الدائن المرتهن القيام بالإجراءات المنصوص عليها في المـــادة 890 مـــن القانون المدني وخاصة المتعلق منها بالقيد بالمحافظة العقارية المتخصصة وهي التي يقع في دائرتها العقار المرهون.

4 ـ الرهـــن الحيـــازي

خلافا للرهن الرسمي الذي يمكن للشريك في الشيوع أن يرتبه على حصـــته الشائعة في العقار الشائع أو على جزء منها بموجب أحكام المادة 890 من التقنـــيين المدني، فإن المشرع لم يخصص أي نص في التقنين المدني للرهن الحيازي. وهو بذلك يخضع للقواعد العامة، وبذلك يجوز للشريك في الشيوع أن يرتب رهنا حيازيا على حصته الشائعة في العقار الشائع أو جزء منها ضمانا لحقوق الدائن المرتهن، باعتبـــار أن الرهن الحيازي هو عقد رضائي ينعقد بمجرد تطابق القبول والإيجـــاب وتبقـــى الحيازة التزاما ينشأ عن العقد وقابلية الحصة الشائعة للحيازة. ويمكن أن نتصـــوره الرهن الحيازي في صور مختلفة، كأن يوضع المال الشائع كله تحت يد الدائن المرتهن رهنا حيازيا وفي هذه الحالة تكون له أي للدائن المرتهن صفتان، صفة الدائن المرتهن فيما يخص الحصة الشائعة، وصفة مدير المال الشائع بالنسبة لباقي حصص الشركاء. وفي هذه الصورة يجب موافقة الشركاء.

(1) ــ أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني الجزء الحادي عشرة ص 355 .

أما الصورة الثانية التي يمكن أن يتحقق فيها الرهن الحيازي، فهي الصورة التي يوضع فيها المال الشائع كله تحت يد أحد الشركاء الآخرين أو تحت يد أجنبي. وفي هذه الحالة يتمتع الشخص الذي وضع تحت يده المال الشائع بصفتين: الأولي هي صفة العدل بالنسبة للحصة الشائعة المرهونة. والثانية يكون فيها مديرا لباقي الحصص، كما يمكن أن يتحقق الرهن الحيازي في الصورة التي يكون فيها المال الشائع مقسما قسمة مهيأة بأن يحل الدائن المرتهن محل الشريك الراهن في حيازة النصيب المفرز الذي عاد إليه من قسمة المهيأة(1).

ونخلص في هذا المطلب أنه للشريك في الشيوع في عقار شائع أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها بجميع أنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة مع مراعاة دائما عدم الإضرار بمصلحة باقي الشركاء في الشيوع. ويحل المتصرف له محل الشريك المتصرف، ويصبح بدوره شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء، وله جميع حقوقهم والتزاماهم في إدارة المال الشائع وطلب إنهاء حالة الشيوع.

كما يمكن للشريك في الشيوع أن يرتب حقا عينيا أصليا على حصته الشائعة، كحق الانتفاع، أو حقا عينيا تبعيا كالرهن الرسمي أو التخصيص أو الامتياز أو الرهن الحيازي. وإن كان المشرع الجزائري قرر ذلك صراحة فيما يخص الرهن بموجب المادة 890 من التقنين المدني، وسكت عنه فيما يخص الرهن الحيازي، من يصنع المجال أمام إعمال القواعد العامة التي تتوفر فيها إمكانية حيازة الحصة المرهونة رهن حيازيا.

وبحسب ذلك وبالنظر لعدم وجود اجتهاد قضائي في هذا الباب يمكن الإستئناس به، يمكننا أن نقترح مراجعة النصوص الخاصة بباب التأمينات العينية والشخصية لإدراج نصوص صريحة علي غرار ما فعله المشرع فيما يخص الرهن

(1) ــ أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني الجزء الحادي عشرة ص 355 .

الرسمي، وذلك بالنظر إلي أسباب نشوئها لاسيما الميراث، وكذلك لتسهيل التعامل في الملكية العقارية الشائعة والاستفادة منها على حالتها دون اللجـوء إلي خيـار. الفرز الذي يأخذ وقتا وجهدا وإجراءات طويلة قد لا يستفيد منها المالـك علـى الشيوع من ملكيته.

المطلب الثاني
أثر تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة على حق شركائه في استرداد الحصة

تنص المادة 721 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "للشـريك في المنقـول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسـمة الحصـة الشائعة التي باعها لشريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلـغ إلى كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماتـه إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته".

وتنص المادة 795 من نفس التقنين على أنه:" يثبت حق الشفعة وذلـك مـع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".

يستفاد من نص المادتين 721 و795 من التقنين المدني بأن للشريك في الشيوع حق استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك آخر، وذلك إما عـن طريـق حـق

الاسترداد المنصوص عليه في المادة 721، وإما عن طريق حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 795، ولكل من هذين الحقين إجراءاته الخاصة وهو ما سوف نبحثه فيما يلي :

أولا : شروط حق الاسترداد وإجراءاته.
ثانيا : شروط حق الشفعة وإجراءاتها.

أولا : شروط حق الإسترداد وإجراءاته

إن حق الإسترداد أقره المشرع لكل شريك في الشيوع لمنقول أو لمجموع من المال المنقول أو العقار، إذا ما أقدم أحد الشركاء في الشيوع. ومن ذلك فهو يختلف عن حق الشفعة الذي قرره المشرع في حالة التصرف في العقار الشائع المعين بالذات.

ويتضح من خلال نص المادة 721 من التقنين المدني ان نطاق حق الإسترداد لا يرد إلا في منقول شائع قائم بذاته أو في مجموع من المال، ولو إشتمل هذا المجموع على عقار(1).

ومثال المجموع من المال ، التركة والمحل التجاري، فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في التركة، جاز لباقي الورثة إسترداد هذه الحصة من الأجنبي عن طريق حق الاسترداد حتى ولو كانت التركة تشمل عقارات مادامت مندمجة في هذا المجموع من المال.

أما المنقول فغني عن المثال، إذ يكون لكل شريك في الشيوع حق إسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها شريك آخر لأجنبي. وعلى هذا الأساس يمكن حصر شروط حق الإسترداد فيمايلي:

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – المجلد الثامن، ص 852 .

1 - شروط حق الإسترداد

تتحدد شروط الإسترداد بناءا على نطاقه كما أسلف بيانه وتنحصر في أربعة شروط[1] هي:

1 - 1 - أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوع

إن المشرع في نص المادة 721 من التقنين المدني ذكر علـى سـبيل الحصـر، التصرف المتمثل في البيع دون غيره من التصرفات، بمعنى أنه حتى يمكن لأي شريك من الشركـــاء في الشيوع في المنقول الشائع أو مجموع المال المنقول أو العقـار، أن يمارس حقه في إسترداد الحصة الشائعة، أن يكون التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع لفائدة أجنبي، بيعـا دون غيره من التصرفات. فلا يجوز ممارسة حـق الاسترداد في التصرفات الأخرى حتى وإن كانت ناقلة للملكية بعـوض أو بـدون عوض، كالهبة أو الوصية، كما لا يمكن ممارسته في البيع بالمزاد العلني علـى غـرار حق الشفعة، إذ يمكن للشريك في هذه الحالة أن يدخل في المـزاد العلـني، وهـذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي أجاز الإسترداد في جميـع عقـود المعاوضة و لم تكن بيعا[2].

وحتى يمكن ممارسة حق الإسترداد من قبل الشركاء في الشيوع على الحصـة الشائعة يجب أن يكون البيع تاما، إذ لا يمكن ممارسة ذلك في المراحل الأولي للبيـع أو قبل إتمام إجراءاته اللازمة لتمامه وذلك ما يستنتج من الصيغة الـتي إسـتعملها المشرع في نص المادة 721 من التقنين المدني بقوله : "..... الحصة الشـائعة الـتي باعها...." أي أن عملية البيع قد تمت بجميع أركانها وعناصرها.

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ حق الملكية ــ المجلد الثامـــن، ص 854 .

(2) ــ المرجع نفسه ، ص 855 .

1 - 2 - أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار

إن الحكمة من تقرير حق الاسترداد لباقي أو أحد الشركاء في الشيوع هي منع المتصرف له الأجنبي من الدخول ضمن الشركاء. ولذلك فإن من الشروط التي أوجبها المشرع لممارسة الشركاء أو أحدهم حقه في الاسترداد، هي أن يقع البيع على حصته شائعة كاملة أو بعضها من الشريك المتصرف، لأن ورود التصرف على حصته أو جزء مفرز من المال الشائع يخضع لأحكام مختلفة سوف نبحثها في حينها.

1 - 3 - أن يقع البيع إلى أجنبي عن الشركاء

كما سبقت الإشارة إليه أن الحكمة من تقرير حق الاسترداد هي منع أي أجنبي من الدخول بمعية الشركاء في المال الشائع ولذلك اوجب المشرع بصريح النص أن يقع البيع أو يكون صادرا إلي أجنبي عن الشركاء. وتكون الحصة أو الحصص الشائعة محل التصرف محل الاسترداد كاملة، فلا يمكن أن يسترد الشريك أو باقي الشركاء أجزاء منها بنسبة حصصهم أو حصته لتعارضها مع الحكمة من حق الإسترداد في منع الاجنبي من الدخول شريكا مع الشركاء في المال الشائع .

1 - 4 - أن يكون المسترد أحد الشركاء

واضح من نص المادة 721 من التقنين المدني أن حق إسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحد الشركاء المشتاعين، مقرر لفائدة الشريك في الشيوع دون غيره، سواء كان هذا الشريك أصليا أي انه شريك مند بدء حالة الشيوع أو شريكا جديدا، كأن يكون خلفا للشريك الأصلي كالورثة مثلا في حالة وفاة مورثهم، وهو شريك أصلي في المال الشائع. وفي حالة تعدد المستردون فإنه لكل منهم أن يسترد من الحصة أو الحصص المتصرف فيها بنسبة حصته في المال الشائع.

وإذا كانت هذه أهم الشروط التي يجب توافرها لإمكانيـــة ممارســـة حـــق إسترداد الحصة الشائعة محل التصرف الصادر مـــن أحـــد الشـــركاء إلي أجـــنبي، مستخلصة من نص المادة 721 قانون مدني، فإن السؤال الذي يطـــرح: مـــا هـــي الإجراءات والكيفية التي يتم بها إسترداد الحصة الشائعة محل التصرف؟.

2 - إجراءات الاسترداد

دائما بالرجوع إلي نص المادة 721 قانون مدني جزائري التي خولت للشريك في الشيوع أن يسترد الحصة الشائعة إذا ما تصرف فيها أحد الشـــركاء بـــالبيع إلي أجنبي نستخلص الإجراءت التي يتم بها ممارسة هـــذا الحـــق، وتتمثـــل في ميعـــاد الإسترداد والكيفية أو الوسيلة التي يتم بها.

2 - 1 - ميعاد الإسترداد

تنص المادة 721 قانون مدني على أنه : " للشريك ....وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه ..." .

من خلال النص نفرق بين فرضيتين هما أن يقوم الشريك في الشيوع المتصرف في حصته الشائعة كاملة أو جزء منها بالبيع إلي أجنبي (المشتري) بـــــإعلام بـــاقي الشركاء بتصرفه. ويكون ذلك إما كتابة أو شفاهة، وإما لا يقوم بذلك ويكـــون حساب الميعاد من تاريخ علم الشركاء أو احدهم بالتصرف، ذلك لأن الـــنص لم يلزم المتصرف و المتصرف له بإعلام باقي الشركاء بالتصرف. ففي الفرضية الأولي التي يقوم فيها المتصرف (البائع) والمتصرف له (المشتري) بإعلام باقي الشركاء، فإن ميعاد ممارسة حق الإسترداد يكون شهرا من تاريخ إعلامهم وفي الحالـــة الثانيـــة، يكون أيضا شهرا من تاريخ علمهم أوعلم أحدهم بالتصرف .وواقعة العلم هنا هي واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الطرق المقررة في الإثبات.

إذن وبغض النظر عن عدم إلزامية المشرع المتصرف و المتصرف له بإعلام باقي الشركاء بالتصرف، فإن ميعاد ممارسة حق الإسترداد للحصة الشائعة محل التصرف بالبيع يكون في خلال مدة شهر من تاريخ العلم، وإلاّ سقط حقهم أو حقه في ذلك، ويتحصن بذلك التصرف من ممارسة حق الإسترداد[1].

2 - 2 - الكيفية التي يحصل بها الإسترداد

يتم إسترداد الحصة الشائعة المتصرف فيها من قبل الشريك الذي علم بالبيع أو من قبل باقي الشركاء خلال مدة شهر من تاريخ العلم أو الإعلام بواسطة تصريح يبلغ إلي كل من البائع (الشريك المتصرف) والمشتري (الأجنبي المتصرف له). وهذا بحسب نص المادة 721 قانون مدني. ويستفاد من ذلك أن المشرع لم يحدد شكلا معينا لهذا التصريح، كأن يكون رسميا على غرار ما فعل في ممارسة حق الشفعة، وبذلك يمكن أن يكون هذا التصريح مبلغا عن طريق المحضر القضائي أو بموجب رسالة مضمنة الوصول. وبحسب رأينا أن التصريح الشفوي طالما أنه أوجب ضرورة تبليغه إلى كل من المشتري والبائع لإعلان الرغبة في استرداد الحصة الشائعة محل البيع، ولا يتم الاسترداد بمجرد تبليغ التصريح بالرغبة في الاسترداد، بل يجب علي المسترد أن يدفع ثمن الحصة والفوائد والمصاريف التي أنفقها المشتري في ذلك إن كان قد دفع ذلك، أو ثمن الحصة إلى البائع، إن كان لم يستوف ذلك بعد من المشتري، وبتوفر التصريح بالرغبة في الاسترداد ودفع المستحقات اللازمة لذلك فإن المسترد يحل محل المشتري، إذا كان قد دفع المستحقات، ويحل محل الشريك البائع إذا هو لم يقبض المستحقات من المشتري الأجنبي، وتتخذ بعد ذلك الإجراءات الخاصة بنقل الملكية، إذا كانت الحصة الشائعة محل البيع تتمثل في مجموع المال المنقول أو العقار، والمتمثلة في التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية.

---

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني- حق الملكية، المجلد الثامن ، ص 859 .

ومتى تم الاسترداد وفقا للأشكال المحددة بنص المادة 721 قانون مدني، حل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وذلك بأثر رجعي ، أي من وقت البيع ، ويعتبر بذلك كأنه هو المشتري ويترتب عن ذلك عدم الاحتجاج بأي تصرف يكون قد أجراه المشتري ضد المسترد، وتتطهر الحصة محل الاسترداد من كل القيود التي رتبها المشتري عليها، إذ تعود خالصة للمسترد. وبالمقابل فإن المشتري لا يلتزم بضمان الاستحقاق وإنما البائع هو الملزم بذلك.

أما المسترد فإنه يلتزم بدفع الثمن للبائع إذا كان المشتري الأجنبي لم يدفع ثمن الحصة محل الاسترداد ، لكون العلاقة أصبحت مباشرة بين البائع والمسترد، ويستفيد هذا الأخير من جميع شروط وبنود عقد البيع بما فيها الدفع بالتقسيط إذا كان محل بند في عقد البيع ، والثمن الملزم بدفعه المسترد هو الثمن الحقيقي المعبر عنه في العقد حتى وان كان اقل من الثمن المتفق عليه ، وفي المقابل يلتزم البائع قبل المسترد بنقل ملكية الحصة الشائعة محل الاسترداد ،سواء أكانت منقول معين بالذات أو حصة شائعة في مجموع المال الذي يشتمل على عقار(1).

ونخلص إلي أن حق الاسترداد قرره المشرع بموجب نص المادة 721 قانون مدني جزائري لفائدة الشريك في المنقول الشائع، أوفي مجموع المال المنقولة الذي يشمل على عقار، ولا يكون له الحق في ممارسته إذا كان شريكا في عقار معينا بذاته. إن الحكمة من تقرير هذا الحق هي منع المشتري الأجنبي من الدخول ضمن الشركاء في المال المنقول الشائع، أو في مجموع المال المنقول الذي يشتمل على عقار.

---

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية ،المجلد الثامن، ص 867 .

ثانيا: شروط حق الشفعة و إجراءاتها

إذا كان المشرع الجزائري قرر في التقنين المدني للشريك أو باقي الشركاء حق استرداد الحصة الشائعة محل التصرف الذي قام به أحد الشركاء في المال الشائع المنقول أو مجموع المال المنقول الذي يشتمل علي عقار طبقا للمادة 721 قانون مدني، فإنه قرر أيضا بموجب نص المادة 795 من نفس القانون حق الشريك في استرداد الحصة الشائعة محل التصرف في العقار الشائع عن طريق الشفعة.

وقد نصت المادة 795 قانون مدني علي أنه : " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي.

لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها."

وما يهمنا في هذا البحث من نص المادة 795 قانون مدني الفقرة الخاصة بحق الشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي. ومن خلال ذلك يمكننا استخلاص شروط الشفعة و بعدها سوف نبحث إجراءاتها.

1 - شروط حق الشفعة

حتى يمكن للشريك في الشيوع أن يسترد الحصة الشائعة محل التصرف بالبيع عن طريق الشفعة لابد من توافر الشروط التالية:

1 - 1 - أن يكون هناك عقار شائع

بمعني أن لا يكون المال الشائع منقولا أو مجموعا من المال المنقول الذي يشتمل علي عقار، لأن ذلك يخضع لأحكام الاسترداد التي سبق التعرض إليها طبقا للمادة 721 قانون مدني. كما يجب أن يكون هذا العقار شائعا قبل أو أثناء التصرف بالبيع

الذي قام به أحد الشركاء لحصته الشائعة، و بذلك يخرج من هذا المجال العقار الشائع الذي تمت قيمته قبل التصرف بالبيع للحصة الشائعة، لأن بعد القيمة يستأثر كل واحد من الشركاء بحصته مفرزة. وفي حالة بيعها، فإنه لا يحق لباقي الشركاء الحق في التمسك بالشفعة.

1 - 2 - أن يكون التصرف بالبيع منصبا علي حصته شائعة

لأن التصرف في الحصة المفرزة يأخذ أحكاما مختلفة و سوف سنتعرض إلي ذلك في حينه، لذلك فإنه حتى يمكن للشريك أو للشركاء حق استرداد الحصة الشائعة محل التصرف في العقار الشائع أن البيع منصبّ علي حصة شائعة.

1 - 3 - أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي

إن الحكمة، كما رأينا حق الاسترداد، هي عدم دخول أجنبي بوسط الشركاء في الشيوع، والحفاظ علي المال من خروجه إلي غير الشركاء، وهي نفسها في تقرير الشفعة لفائدة الشريك في الشيوع عندما تكون حصة شائعة من العقار الشائع محل تصرف بالبيع إلي أجنبي، وكذلك لتجميع عناصر الملكية في حالة ما إذا تصرف أحد الشركاء بالبيع لحصته الشائعة في حق الانتفاع الشائع[1].

1 - 4 - أن يكون التصرف بيعا

.بمعني أنه حتى يمكن للشريك أو الشركاء في الشيوع استرداد الحصة الشائعة عن طريق الشفعة، يجب أن يكون التصرف الذي قام به الشريك في الشيوع بيعا، و بذلك لاتكون باقي التصرفات كالهبة و الوصية و المقايضة وغيرها سببا لممارسة حق الشفعة من أجل استرداد الحصة الشائعة. كما أن المشرع الجزائري يجب أن يكون هذا البيع قد وقع صحيحا، ويستثني من ذلك بعض البيوع، منها – علي

(1) – عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني- اسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع ، ص 553 .

سبيل المثال البيع ـــ بالمزاد العلني و في البيوع الواقعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانيـــة. وكذلك إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق محل عبادة وهـــذا مـــا قررته المادة 798 قانون مدني.

إذن ومن خلال نص المادة 795 قانون مدني في فقرتها المتعلقة بأنه للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي، نقول إن شروط الأخذ بالشـــفعة من قبل الشريك أو باقي الشركاء لاسترداد الحصة الشائعة محل البيـــع لأجـــنبي في العقار الشائع، هي أن يكون هناك عقار شائع و أن يكون التصـــرف بيعـــا و أن يكون هذا البيع صادر لأجنبي وأن يكون منصب علي حصة شائعة. ويبقي لنـــا أن نتعرض إلي إجراءات الشفعة.

2 - إجراءات الشفعة

بالرجوع إلي نصوص القانون المدني نجده حدد في نص المواد 799 إلي 802 الإجراءات الواجب إتباعها عند الأخـــذ بالشـــفعة إذا مـــا تـــوافرت شـــروطها وتحقــــــت أسبابها. وهذه الإجراءات هي الواجب إتباعها عند الأخذ بالشـــفعة إذا ما توافرت شروطها وتحققت أسبابها. ويمكن حصر هذه الإجراءات من خـــلال استقراء النصوص المذكورة آنفا فيما يلي:

2 - 1 - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

تنص المادة 799 قانون مدني علي أنه : " علي من يريد الأخذ بالشـــفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري، وإلا سقط حقه، ويضاف إلي ذلك علي ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضي الأمر ذلك ".

ويستفاد من هذا النص أنه علي من يريد الأخذ بالشفعة لاسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحد الشركاء بالبيع إلي أجنبي عن طريق الشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من الشريك البائع والأجنبي المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي تلقاه من البائع أو المشتري. و يلاحظ هنا أن المشرع أخذ بضرورة أن يقوم كل من البائع أو المشتري بإنذار من له الحق في الأخذ بالشفعة. غير أن الشُراح يذهبون إلي الأخذ حتى بالعلم الشخصي لمن له الحق في الأخذ بالشفعة، وإذا لم يقم من له الحق في الأخذ بالشفعة في إعلان رغبته إلي كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوما ترتب عليها سقوط حقه في ذلك.

وقد حددت المادة 800 من التقنين المدني البيانات التي يجب أن يتضمن الإنذار الذي بوجهه البائع و المشتري إلي من له الحق في ذلك، وإلا أعتبر باطلا، و ذلك بنصها علي مايلي : " يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 علي البيانات التالية وإلا كان باطلا:

ـــ بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناكافيا.

ـــ بيان الثمن والمصاريف الرسمية و شروط البيع وإسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثين يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 " .

وباستقراء هذا النص نجد أن المشرع لم يحدد صيغة و شكل الإنذار بإستثناء ضرورة احتوائه البيانات المذكورة في صلب النص، وبذلك يمكن أن يكون هذا الإنذار موجها عن طريق محضر قضائي، أو يمكن أن يكون بموجب رسالة مضمونة الوصول لإثبات بداية حساب المواعيد. ويري بعض الشُراح أنه يجب أن يكون الإنذار رسميا علي يد محضر قضائي. فالإخطار الشفوي، بل الإخطار المكتوب ككتاب من البريد حتى وإن كان مسجلا بعلم وصول وإذا لم يكن إنذارا رسميا

علي يد محضر، لا يكفي لجعل ميعاد الثلاثين يوما لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسري[1].

وإذا كان المشرع قد أوجب ذكر بعض البيانات تحتوي الإنذار الذي يوجهه البائع أو البائع والمشتري إلي من له الحق في الأخذ بالشفعة، ودون تحديد شكل ذلك الإنذار، فإنه على العكس من ذلك فيما يخص الإعلان في الرغبة بالأخذ بالشفعة حيث نصت المادة 801 من التقنيين المدني على ما يلي : " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلاّ كان هذا التصريح باطلا. ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلاّ إذا كان مسجلا.

ـــ يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة."

ـــ ويستفاد من هذا النص أنه متى أنذر الشفيع بوقوع البيع، فإنه يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يبدي رغبة في ذلك بأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من البائع والمشتري. ويكون هذا الإعلان رسميا أي عن طريق كتابة ضبط المحكمة سابقا، وعن طريق المحضر القضائي حاليا. ويكون التصريح بالرغبة في الشفعة في شكل عقد رسمي يحرر بمعرفة موثق، وإلاّ كان باطلا ولا ينتج أثاره بالنسبة للغير إلاّ إذا كان مسجلا. ثم بعد ذلك يجب على الشفيع الذي أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة أن يقوم بدفع ثمن البيع والمصاريف اللازمة بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة، وأن يكون هذا الإيداع سابقا لتاريخ وقوع دعوى الشفعة وإلاّ سقط الحق في الأخذ بالشفعة.

(1) ـــ **عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني- أسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع ، ص 625 .**

وقد تساءل البعض عن الجدوى من تسجيل التصـــريح بالرغبـــة في الشـــفعة المنصوص عليه بالمادة السالفة الذكر، نقول جوابا عن ذلـــك أن تســـجيل عقـــد التصريح بالرغبة في الشفعة بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، أي التي يقع بـــدائرتها العقار محل التصرف، ليس بإجراء إلزامي وإنما هو مقرر لمصلحة الشفيع حتى يحصن الحصة الشائعة محل التصرف التي هي أساس الشفعة من خطر قيام المشتري الأجنبي بالتصرف فيها إلى شخص آخر. ولكي لايكون هذا التصرف الذي أقـــدم عليـــه المشتري الأول نافذا في حق الشفيع، لا بد من أن يكون عقد التصريح بالرغبـــة في الشفعة مستمرا بالمحافظة العقارية حتى يكون حجة على الغير. والشفيع حـــر في أن يقوم بإجراء أو لا يقوم به طالما أنه مقرر لمصلحته ويمكنه القيام به في أيـــة مرحلـــة حتى ولو بعد رفع دعوى الشفعة.

2 - 2 - رفع دعوى الشفعة

بعد استيفاء الإجراءات السابقة من قبل الشفيع يجب عليه أن يقوم برفع دعوى الشفعة علي النحو الذي نصت عليه المادة 802 من التقنين المدني : " يجـــب رفـــع دعوي الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجـــل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا ســـقط الحـــق". وسندرس في هذا الإطار الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة و المحكمـــة المختصـــة في النظر فيها و ميعاد رفعها والحكم فيها.

2 - 2 - 1 - الطبيعة القانونية لدعوط الشفعة

تستمد كل دعوي طبيعتها من الحق الذي تحميه، ذلك لأن لكل حق دعـــوي تحميه تستمد منه طبيعتها. فإذا كان الحق شخصيا، كانت الدعوي شخصية، و إذا كان الحق عينيا عقاريا كانت الدعوي عينية عقارية. والشفعة، كما يراها بعـــض الفقه إذا ليست حقا وإنما رخصة، أي خيار ترد علي العقار، فتنقـــل ملكيتـــه إلي

الشفيع، و بالتالي فهي سببا من أسباب كسب الملكية،يثبت الحق فيها بتوافر شروط حددها القانون إذا التزم الشفيع بالإجراءات والمواعيد المقررة، وإلا سـقط الحـق فيها(1).

وطالما أن دعوى الشفعة تهدف إلي حماية الحق في استرداد العقار محل التصرف بالبيع إلي أجنبي فإنه يمكننا القول بأنها دعوي عينية عقارية متى اختارها الشفيع.

2 - 2 - 2 - المحكمة المختصة في نطر دعوط الشفعة

باعتبار أن دعوي الشفعة هي دعوي عينية عقارية بمعنى أنها تحمي حق عـيني عقاري، فإن الاختصاص في نظرها ينعقد إلي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة وهذا إعمالا بنص المادة 802 من التقنين المدني وكذلك تطبيقا لقواعـد قـانون الإجراءات المدنية، يبقي التساؤل يطرح من الناحية العملية بالنظر إلي نوعية التقسـيم المعمول به علي مستوي الجهات العملية بالنظر إلي نوعية التقسيم المعمول به علـي مستوي الجهات القضائية.

وفي ظل غياب محاكم متخصصة يكون اختصاصها نوعيا، فهل يمكن مثلا أن يرفع الشفيع دعوى الشفعة أمان المحكمة التي يقع في ذاكرتها العقار، وتقيـد أمـام قسم شؤون الأسرة أو القسم التجاري أو المدني بمفهومه الضيق ويكـون القاضـي مختصا أم لا وعلى أي أساس إذا علمنا توزيع الأقسام على مستوى المحـاكم هـو توزيع لايتحدد باختصاص النوعي وبالتالي يمكن للقاضي التجـاري أن يفصـل في دعوى الشفعة التي هي عقارية كما يمكن ذلك تقاضي شؤون الأسرة طالمـا أنـه لايوجد اختصاصا نوعي بين الأقسام بذات المحكمة، لكن يمكـن اعتمـاد معيـار مصاريف كل دعوى والتي تختلف من قسم إلى قسم أو حتى من فرع إلى فـرع،

---

(1) ــ أنور طلبة ــ المطول في شرح القانون المدني الجزء الثالث عشر، ص 334 .

فرسوم رفع الدعوى العقارية تختلف عن رسوم الدعوى التجارية وشؤون الأسرة وغيرها وهي الرسوم التي يحددها قانون المالية، وطالما أن تلك النظام العام وبالتالي فإنه ومن وجهة نظري الشخصية فإنه للقاضي الذي ترفع أمامه دعوى موضوعها لايتعلق بالفرع الذي يترأسه أن يرفضها على أساس هناك إهدار الحقوق الخزينة المتمثلة في الرسوم المحددة بموجب قانون المالية، وعليه يمكننا أن نقول أن دعوى الشفعة وباعتبارها تحمي حق عقاري عيني فإنه يجب أن ترفع أمام القسم العقاري بالمحكمة التي يقع في دائرتها العقار محل الشفعة.

2 - 2 - 3 - ميعاد رفع دعوى الشفعة

يستفاد من نص المادة 802 من التقنين المدني الأجل الذي ترفع فيه دعوي الشفعة أمام الجهة القضائية المختصة، هو ثلاثين يوما تسري من تاريخ الإعلان عن الرغبة في الشفعة وبعد استنفاذ الشروط والإجراءات السابق بيانها، ويترتب علي رفع هذه الدعوي بعد الأجل المحدد بسقوط الحق في الشفعة، والميعاد المحدد في نص المادة 802 من التقنين المدني يعتبر من النظام العام طالما أن النص جاء ضمن القواعد القانونية الآمرة، وترفع دعوي الشفعة من الشفيع علي كل من البائع و المشتري ولا يجوز رفعها علي أحدهما دون الأخر وذلك لما يترتب علي الحكم بالشفعة من آثار.

2 - 2 - 4 - الحكم في دعوي الشفعة

نصت المادة 803 من التقنين المدني علي أنه: " يعتبر الحكم الذي نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

قبل الحديث عن الحكم في دعوي الشفعة تجدر الملاحظة إلي أن صياغة نص المادة 803 أعلاه يشوبها الغموض ذلك أن صياغتها باللغة العربية تفيد أن الحكم في دعوي الشفعة يصدر نهائيا وكأنه لايقبل الطعن فيه بطريق الطعن العادي المعروفة ذلك أنه جاء بصياغة " الحكم الذي يصدر نهائيا " والأصح حسب رأينا بمقارنة النص المحرر باللغة الفرنسية هو أن الحكم الذي يصدر في دعوي الشفعة التي ترفع أمام المحكمة المختصة في أول درجة يكون قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي ومن تم قابليته للطعن فيه أيضا بمختلف طرق الطعن غير العادية كالطعن بالنقض مثلا.

ويستفاد من مضمون نص المدة أن الحكم الذي يصدر في دعوي الشفعة و الذي بقضي بثبوت حق الشفعة لمصلحة الشفيع 36 ويصير ذلك الحكم نهائيا، يكون سندا لملكية الشفيع و يخضع لقواعد الشهر العقاري التي تخضع لها جميع العقود المتضمنة نقل حقوق عينية عقارية و يترتب حلول الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته وهب الآثار التي رتبها المشرع الجزائري في نص المواد من 804 إلي 806 من التقنين المدني تحت عنوان أثر الشفعة.

وسواء كانت الشفعة رضائية بمعني أنه عندما يتوفر للشفيع سبب من أسباب الشفعة ويتحقق في جانبه الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة فعليه أن يشرع في إجراءاتها ويبدأ بإعلان رغبته في ذلك إلي كل من البائع والمشتري ففي هذه الحالة قد يقبل المشتري من الخروج من عقد البيع المشفوع فيه وإحلال المشتري محله فتقع الشفعة، وتتم الشفعة بالتراضي في هذه الحالة يتحقق رضاء المشتري بحلول الشفيع محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع وحتى تكون نافدة في حق البائع لابد من استفاء إجراءين معا وهما بإعلان الرغبة وأن يقرها البائع باعتبار أن شخص المدين يكون دائما محل اعتبار من جانب الدائن[1].

(1) – نبيل إبراهيم سعد – الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني – دراسة مقارنة – ص 536 ، ط 2003 .

أو قضائية علي النحو الذي رأيناه سابقا، أهم أثر يترتب علي الحكم بثبوت الشفعة إذا كانت قضائية أو تمامها صحيحة إذا كانت رضائية هو حلول الشفيع محل المشتري فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة البائع ويترتب علي ذلك التزام المشتري بتسليم الحصة الشائعة محل الشفعة إلي الشفيع بالحالة التي كانت عليها وقت البيع، ولكن في الحالة التي يكون المشتري قد أقام منشآت أو أغراس علي ملك الحصة، فنفرق بين ما إذا كان ذلك قبل إعلان الرغبة في الشفعة وفيها يكون الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة القار بسبب البناء أو الأغراس بعد إعلان الرغبة في الشفعة فإنه للشفيع أن يطلب إزالة ذلك، أو الإبقاء عليها و لايلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء و أجره العمل و نفقات الأغراس، وهذين الحكمين خاصين بالالتصاق ويتعلقان بمن يبني أ و يغرس علي أرض ملك لغيره لحسن نية سوء نية(1). وهي الأحكام التي كرستها المادة 805 من التقنين المدني الجزائري بنصها علي ما يلي : "إذا بني المشتري في العقار المشفوع أو غرس فيه أشجارا قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزما تبعا لما يختاره المشتري

أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدارما زاد من قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس.

أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد الإعلان بالرغبة في الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة وإذا اختار أن يستبقى البناء أو الغراس فلا يلزم ألاّ يدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس " .

ويكون البائع ملزما بتسليم الحصة محل الشفعة إلى الشفيع ونقل ملكيتها بإتمام إجراءات ذلك مع التزام الشفيع طبعا يدفع الثمن الذي يكون قام بإيداعه قبل مباشرة إجراءات الشفعة.

(1) ـــ نبيل إبراهيم سعد – المرجع نفسه، ص 541 .

وتحدد المادة 806 من التقنين المدني الجزائري علاقة الشفيع بالغير، ذلك أنــه لايمكن أن يحتج على الشفيع، بكل التصرفات التي صدرت من المشتري أو ما ترتب عليه من حقوق كالرهون والاختصاصات إذا كانت قد تمت بعد شــهر الإعــلان بالرغبة في الشفعة.

نخلص في هذا المبحث إلى أن الشريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكــا تاما وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف على النحو الذي سبق تبيانه،فله أن يبيعها أو يرهنها أو يرتب علي حق عيني أصلي كأن يملك الغير حق الإنتفاع بهــا بالاستعمال أو الاستغلال أو بهما معا وذلك بدون حاجته إلي موافقة باقي الشركاء مع مراعاة عدم الإضرار بحقوقهم.

وبمراجعة و تفحص الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الإطار فإنــه ومــن خلال ما تيسر لنا العثور عليه من القرارات المنشورة بمختلف المجــلات القضــائية نجدها أي المحكمة العليا وقبلها المجلس الأعلي للقضاء قد وافقت النصوص القانونية من ما جاء في القرار المؤرخ في 1987/4/8 ملف 39496 الذي جاء فيه : " ملكيــة شائعة تصرف شريك في حقه دون الحاق ضرربباقي الشركاء ـــ إبطال البيــع ـــ خرق القانون.

ذلك أنه من المقرر قانونا أن الشريك في الشيوع له أن يتصــرف في حصــته دون الحاق ضرر بباقي الشركاء ومن تما فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

وجاء فيه لما كان من الثابت ـــ في قضية الحال ـــ أن المطعــون ضــدها لم يلحقها ضرر من البيع و لم تنجز القسمة لتحديد ما إذا وقع الجزاء المبيع في حصتها، فإن قضاة الموضوع بإبطالهم البيع و طرد المشتري وتعويض المدعي عليهــا خرقــوا القانون.

ومتى كان كذلك تعين نقض القرار"[1].

ويتضح من خلال هذا القرار أنه للشريك فب الشيوع حق التصرف بالبيع في حصته الشائعة شرط عدم الإضرار بمصلحة باقي الشركاء وهو القيد الوحيد الوارد علي الشريك في الشيوع الذي يجب عليه مراعاته عند إقدامه عـاي الصـرف في العقار الشائع.

وهو ما كرسته أيضا المحكمة العليا في القرار المـؤرخ في 1999/3/24 ملـف 186043 الذي جاء فيه، "ملكية شائعة ــ إبطال تصرف أحد الشركاء ــ عـدم وجود ضرر ــ انعدام المصلحة .

حيث أنه تبين لما سبق أن قضاة المجلس لاحضوا أن الطـاعنين لم يثبتـوا أن مصالحهم قد مست من جراء تصرف أحد الشركاء في الشيوع في منابـه وعليـه قضوا –علي حق- برفض طلب الطاعنين الرامي إلي إبطال هذا التصـرف وهـذا طبقا لأحكام المادة 714قانون مدني"[2].

كما أن اجتهاد المحكمة العليا في قرارهـا المـؤرخ في 10/29/ 1990ملـف رقم63765 كرس حق الشريك في أن يتصرف في حصته في العقار الشائع إذ جـاء فيه:"ولما كان من الثابت ــ في قضية الحال ــ أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض التي ألت إلي الطاعن عن طريق الإرث علي أساس أنه ليس له الحـق في بيع ملك الشيوع، أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3].

---

(1) ــ المحكمة العليا – الغرفة المدنية – قرار بتاريخ 1987/04/08، تحت رقم 39496 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، ص 09 .

(2) ــ المحكمة العليا – الغرفة العقارية- قرار بتاريخ 1999/03/24 ، تحت رقم 186043 ،المجلة القضائية لسنة 2000 ،العدد الرابع ، ص 195 .

(3) ــ المحكمة العليا – الغرفة المدنية – قرار بتاريخ 1990/10/29 ، تحت رقم 63765 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد الرابع ، ص 28 .

من خلال إستقراء هذه العينات من القرارات الصادرة عن المجلـــس الأعلـــي للقضاء سابقا ــ المحكمة العليا ــ حاليا يتضح لنا وأن القضاء في الجزائـــر كـــرس عمليا ما قرره المشرع في التقنين المدني ولاسيما المادة 714 منه، حق الشـــريك في الشيوع في التصرف في حصته الشائعة في العقار الشائع بشـــرط عـــــــــــدم الإضرار بمصلحة باقي الشركاء وكذلك في حصته المفرزة في العقار الشـــائع مـــع مراعاة ما حددته الفقرة الثانية من نفس المادة، وهو ما سوف نتعرض له في المبحث الثاني.

المبحث الثاني
تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع

تنص الفقرة الثانية من المادة 714 من التقنين المدني الجزائري علي أنه:"إذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهـــل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة " .

إن نص هذه الفقرة يستوجب التمييز بين حالتين : الحالة الاولى التي يكون فيها المتصرف إليه يعتقد أن الشريك المتصرف يملك المبيع مفرزا. والحالة الثانية التي يكون فيها المتصرف إليه يعلم أن البائع يملك المبيع شائعا وسنعرض فيما يلي لكـــل حالة علي حده على أن نخصص لكل منها مطلبا مستقلا.

المطلب الأول
حكم جهل المشتري أن الشريك البائع
يملك المبيع مفرزا في العقار الشائع

إن مؤدي التصرف في جزء مفرز، هو أن الشريك في العقار الشائع يحدد جزءا مفرز من العقار الشائع بمقدار حصته متوقعا أن هذا الجزء المفرز سيقع في نصيبه بعد القسمة ومثال ذلك أن شريكين يملكان في الشيوع أرضا بنسبة النصف في الشيوع، فيقوم أحدهما بتحديد جزءا من تلك الأرض علي أنها تشكل حصته بمقدار النصف، فيقدم على التصرف فيه لفائدة شخص آخر، وهذا الأخير يجهل بأن البائع يملك الجزء المبيع مفرزا في العقار الشائع. ولتبيان حكم ذلك لابد من تبيان حكم تصرف الشريك في جزء من العقار الشائع في الحالة التي يكون فيها المشتري يجهل أن الشريك يملكه، وحكم ذلك قبل قسمة العقار الشائع وبعد قسمته.

1 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع

إذا ما تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز في العقار الشائع، وكان المشتري يعتقد أن الشريك يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع، فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية في محل البيع، إذ أنه اعتقد أن المبيع يملكه البائع مفرزا لا شائعا. ومن ثم فإن البيع يكون قابلا للإبطال بسبب الغلط وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني، على أن يقدم ذلك الطلب قبل القسمة، لأنه غير ملزم بانتظار القسمة و نتيجتها. وفي ذلك إتجه القضاء المقارن الذي أخد بالرأي القائل ببطلان البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالما بحالة الشيوع[1].

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري- وسيط في شرح القانون المدني ــ حق الملكية - ، المجلد الثامن، ص 870 .

و الغلط الذي يمكن علي أساسه إبطال العقد الذي بموجبه تصرف الشريك في الشيوع في جزء مفرز في العقار الشائع، يجب أن يكون جوهريا أي أنه بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه المتعاقد لأمتنع عن التعاقد.

كما انه يجوز للمشتري في هذه الحالة ألا يطلب إبطال العقد، وإنما يجيــزه طبقا لأحكام المادة 100 من القانون المدني التي تنص علي أنه :" يجوز حق إبطـال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلي التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير " .

فإذا ما أجاز المشتري العقد أصبح صحيحا، وغير قابل للإبطـال، ويكـون حكمه حكم البيع الذي صدر لمشتري غير واقع في غلـط أو مشـتري يعلـم أن الشريك البائع يملك المبيع شائعا وليس مفرزا.

نخلص إذا في هذا الإطار، إلي أنه إذا كان المتصرف له على فرض المشـتري يعتقد بأن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا قبل القسمة، فإنـه يكـون أمـام خيارين، أولهما المطالبة بإبطال العقد الذي بموجبه تم التصرف، وهـو البيـع في مثالنا، لوقوعه في غلط جوهري، لأنه لو علم بأن الشريك البائع لايملك المبيع مفرزا وهي صفة جوهرية في محل البيع لما أقدم علي التعاقد ـــ الشراء ـــ وأنه غـير ملزم بإنتظار القسمة و نتيجتها ، وهذا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليهـا في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني، وثانيهما أن يجيـز التصـرف ـــ البيـع ـــ صراحة بإعلانه ذلك وموافقته علي إتمام إجراءات البيـع ، أو ضـمنيا بقيامـه بإجراءت التسجيل والشهر. ومن تم فإنه لايجوز له بعد ذلك المطالبة بإبطال البيـع الذي أخد حكم البيع الصحيح الصادر لمشتري يعلم بأن البائع يملك المبيع شـائعا وليس مفرزا ، وذلك إعمالا دائما للقواعد العامة التي نصت عليها المادة 100مـن القانون المدني.

2 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع

إن كون المشتري يجهل أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد قسمة العقار الشائع يكون علي إحدى الصورتين : أولهما أن الجزء المفرز المبيع يقع بعد القسمة في نصيب البائع، والثانية أن الجزء المفرز المبيع يقع بعد القسمة في غير نصيبه. ولهذا سنميز بين الصورتين كما يلي:

أ - الجزء المفرز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع

وفي هذه الصورة يتحقق اعتقاد المشتري ، و بذلك يخلص له الجزء المشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية من تسجيل و شهر بالمحافظة العقارية. حينها لا يجوز له المطالبة بإبطال العقد للغلط حتى ولو لم يجزه، ذلك أن البائع يكون قد نفذ العقد علي الوجه الذي قصد إليه المشترين، وذلك ما نصت عليه المادة 85 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه:" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به علي وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

ويبقي بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الأخر استعدادا لتنفيذ العقد."

وبذلك نقول إنه في هذه الصورة أو الفرضية، وهي التي يقع فيها الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة،أن الأمر لا يطرح أي إشكال وذلك بتحقق الهدف من العقد بإمكانية تنفيذه بنقل ملكية الجزء المبيع و كذلك تسليمه للمشتري، الذي لايستطيع أن يحتج بالغلط لأجل إبطال العقد.

ب - الجزء المفرز المبيع لا يقع في نصيب الشريك البائع

إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع من العقار الشائع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فإن اعتقاد المشتري بأن الشريك يملك هذا الجزء مفرزا لم يتحقق، وبالتالي يجوز له إبطال العقد للغلط طبقا للقواعد العامة علي النحو الذي رأيناه سلفا. غير أن بعض الفقه يرى بأنه إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، فإن المشتري لا يجبر علي قبول الآخر الذي وقع في نصيب البائع ،ومن ثم طلب فسخ البيع، أو إبطاله علي أساس أنه صدر من غير مالك، وتطبق في ذلك أحكام بيع ملك الغير(1). غير أن المادة 714 من القانون المدني في فقرتها الثانية تعطي للمشتري الخيار في قبول البيع إذا أجازه، وبالتالي ينتقل حقه إلي الجزء الذي وقع في نصيب البائع بأثر رجعي ،أي يعتبر مالكا له من وقت البيع لا من وقت القسمة. كما له أن يطالب بإبطال البيع بسبب الغلط الجوهري الذي وقع فيه نتيجة إعتقاده بأن الشريك البائع يملك الجزء المبيع مفرزا.

ونخلص إلى أنه إذا كان المشتري يجهل أن الشريك البائع يمتلك الجزء المبيع شائعا، وإعتقد بأنه يملكه مفرزا، فإنه يكون له الحق في إبطال البيع لوقوعه في غلط جوهري في صفة المبيع، وأنه لو علم به لما أقدم علي التعاقد أي الشراء.ويجب عليه لإبطال البيع أن يطالب به قبل القسمة، لأنه بتمام القسمة ووقوع الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع، فإن الملكية تخلص للمشتري بعد إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية العقارية طبقا لأحكام الشهر العقاري. وبذلك يكون الشريك البائع قد نفذ العقد بتسليم المبيع و إتمام إجراءات نقل الملكية. أما إذا لم يقع الجزء المبيع في نصيب الشريك البائع، فإن للمشتري أن يطلب إبطال البيع إذا لم يكن قد أجازه من قبل، كما يجوز له بعد القسمة، إجازة البيع ومن ثم لا يجوز له العودة إلي طلب

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري- وسيط في شرح القانون المدني ــ حق الملكية - ،المجلد الثامن، ص 876 .

إبطاله، ويتحول التصرف إلي الجزء الذي وقع في نصيب البائع بعد الشهر بالمحافظة العقارية.

وتجدر الملاحظة إلي أن القضاء المقارن استقر علي أنه إذا حاز المشتري الجزء المبيع الذي اشتراه على أنه مفرزا وتوافرت شروط الحيازة لاسيما المـــدة المقـــررة للتقادم المكسب قصير المدة المحددة بعشر سنوات في القانون المدني الجزائري، فإنـــه يتملكها لتوفر السبب الصحيح ، وهو عقد البيع ــ السند الصحيح ــ الصادر لـــه من الشريك الذي لا يملك المبيع مفرزا ولتوفر حسن النيـــة في شـــخص المشـــتري الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون لباقي الشركاء الحق في استرداد حصصهـــــم من تحت يده(1).

المطلب الثاني
حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا

إن تصرف الشريك في حصته أو جزء مفرز في عقار شائع لفائدة المتصرف له والذي يعلم بأن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا ، وإنما يملكه شـــائعا، متوقعـــا على غرار البائع بأن المبيع سوف يقع في نصيب الشريك البائع بعد القسمة، يترتب عنه أن تخلص ملكية المبيع للمشتري بفضل الأثر الكاشف للقسمة(2). ولا يكـــون المشتري بذلك واقعا في غلط، وبالتالي فإنه لا يحتج بإبطال التصرف، و طالمـــا أن الأمر يختلف بين ما إذا كان التصرف صادرا قبل القسمة أو بعدها فإننا ســـنعرض للفرضيتين.

(1) ــ أنور طلبة ــ الملكية الشائعة - ، ص42 ، ط 2004 .

(2) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري- وسيط في شرح القانون المدني ــ حق الملكية - ، المجلد الثامـــن، ص 872 .

1 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا قبل قسمة العقار الشائع

- إن نص المادة 714 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية لم تبين حكم أو الوضعية التي يقوم فيها الشريك بالتصرف في حصته مفرزة أو جزء مفرز منها في عقار شائع معتقدا بأن ذلك سوف يقع في نصيبه بعد القسمة، واكتفت بتبيان حكم التصرف بعد قسمة العقار الشائع بنصها علي ما يلي:"**....** وإذا كان التصرف منصبا علي جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إليه إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلي الجزء الذي آل إلي المتصرف بطريق القسمة**....**".

وإعمالا للقواعد العامة في هذا الإطار، فإنه إذا باع الشريك في الشيوع جزءا مفرزا في عقار شائع قبل القسمة، فإنه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك. ما يملك هو حصته الشائعة في العقار، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في المبيع. وهنا البيع أو التصرف يقع صحيحا فيما بين المتصرف و المتصرف إليه عن طريق الأثر الكاشف للقسمة، ولكنه في الوقت نفسه يكون التصرف غير نافذ في حق سائر الشركاء فيما يتعلق بحصتهم الشائعة في الجزء المفرز محل المبيع لأن الشريك البائع تصرف أو باع ما يملك ولأن المشتري ليس واقعا في غلط جوهري من شأنه التأثير علي إرادته في قبول التصرف، بمعنى لو علمه لما أقدم علي التعاقد، لا بالنسبة إلى حصة أو حصص سائر الشركاء في الشيوع في الجزء المفرز محل البيع بحكم أن البيع في هذه الحصة هو بيع ملك الغير،ذلك أن البيع الواقع علي حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير، كونه يحتمل أن تقع تلك الحصص في نصيب الشريك البائع عند القسمة. و تعتبر بذلك مملوكة له بفضل الأثر الكاشف للقسمة، وعندها لا يكون قد تصرف أو باع ملك غيره. بالإضافة إلى أن المشتري، وهو

يعلم أن البائع لا يملك المبيع مفرزا يكون قد قبل أو ارتضى شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة وبذلك يكون البيع صحيحا فيما بين البائع و المشتري في كل الجزء المفرز محل البيع.

غير أنه يجوز للشريك أو سائر الشركاء في الشيوع، إذا ما أنكر عليهم المشتري حقهم في حصتهم الشائعة في الجزء المفرز المبيع أن يطلب أو يطلبوا عن طريق دعوى الاستحقاق التي ترفع ضد كل من البائع و المشتري للمطالبة باستحقاق هذه الحصة الشائعة في الجزء المفرز المبيع.

كما يجوز أو يمكن للشريك الآخر أن يقر أو يجيز البيع الصادر من أحد الشركاء في الشيوع لجزء مفرز في عقار شائع ، و بذلك يصبح البيع نافذا في حقه في حصته الشائعة، وتتحقق بذلك ملكية الجزء المفرز المبيع كله للمشتري بعد إتمام إجراءات التسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية.

2 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة

في هذه الفرضية أو الحالة يمكن أن يتحقق احد الاحتمالين، أولهما أن يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع وعندئذ لا يحدث أي إشكال، ذلك أن ملكية الجزء المفرز المبيع تخلص أو تتحقق للمشتري بإتمام إجراءات نقلها بشهره بالمحافظة العقارية. و الاحتمال الثاني ألا يقع في الجزء المفرز المبيع في نصيب الشريك البائع و إنما يقع في نصيب الشريك الآخر إذا كان العقار مملوكا في الشيوع لشريكين، في هذه الحالة الأصل أو القواعد العامة لاتجبر المشتري على قبول الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك البائع وهو الجزء الذي لم يكن محلا للبيع ومن حقه أن يطالب بفسخ البيع أو إبطاله بإعتباره صادرا عن غير مالك. غير أن أحكام المادة 714 من القانون المدني قررت حكما خاصا بذلك بقولها:" إذا

كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، و لم يقع هذا الجــزء عنــد القسمة في نصيب المتصرف، انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة ".

ومعنى ذلك أن ملكية الجزء المفرز لم يكن محلا للبيع ووقع في نصيب البـائع بعد القسمة تنتقل إلى المشتري، و يحل بذلك هذا الجزء المفرز حلولا عينيـا محـل الجزء المفرز الذي كان محلا للبيع و لم يقع في نصيب البائع وذلك تأسيسا على أن المشتري، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء مفرزا الذي تصرف فيـه بـالبيع، يكون قد ارتضي مسبقا شراء ما ستتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة.

ويأخذ حكم البيع، في هذه الحالة، حكم باقي التصرفات علي غرار الـرهن الرسمي طبقا لأحكام المادة 890 من القانون المدني وتتخذ فيـه نفـس الإجـراءت المنصوص عليها بالمادة السالفة الذكر.

وخلاصة لما تقدم نقول إن المشرع الجزائري أعطى للشريك في الشيوع الحق في التصرف في جزء مفرز في العقار الشائع سواء بالبيع أو بأي تصرف آخر طبقـا للمادتين 714 و890 من القانون المدني و رتب أحكاما خاصة بذلك، حيث أخـد بنظرية الحلول العيني في حالة عدم وقوع الجزء المفرز في الحصـة الشـائعة محـل التصرف إذا لم تقع في نصيبه بعد القسمة. غير أن الفقه فرق بين علـم و جهـل المتصرف إليه فيما إذا كان المتصرف يملك الجزء المبيع مفرزا أو شائعا، و أعطى له الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف يملك المبيع مفـرزا أو شـائعا تأسيسا على وقوعه في غلط جوهري. كما اعتبر التصرف صحيحا و منتجا لأثره إذا ما كان المتصرف له يعلم أن المتصرف لا يملك الجزء المبيع مفرزا، سـواء قبـل القسمة أو بعدها بحكم أنه ارتضى مسبقا ذلك. وللشريك الآخر أن يقر أو يجيـز

ذلك بالنسبة لحصته الشائعة في الجزء المفرز المبيع، أو يطلب استحقاق ذلك إذا مـــا أنكر عليه المتصرف إليه حقه في ذلك.

المبحث الثالث
تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله

الأصل في الملكية العقارية الشائعة، أن كل شريك في الشيوع يملـــك حصـــته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها، شائعة أو مفرزة على النحو الذي سبق تبيانه، غير انه قد يقدم الشريك في الشيوع على التصرف في كل العقار الشائع، وهو الأمـــر الذي لم يتعرض إليه المشرع الجزائري في النصوص المنظمة للملكية الشائعة، وبذلك تكون القواعد العامة هي الأساس في تعرضنا لهذا النوع من التصرفات. وتصـــرف الشريك في كل العقار الشائع يتحدد حكمه فيما إذا كان المتصرف إليه يعلـــم أو يجهل أن المتصرف شريكا في العقار على الشيوع، وهو ما سنعرض له في المطلـــب الأول تحت عنوان حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله ثم نعرض في المطلب الثاني لأثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق ســـائر الشركاء.

المطلب الأول
حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله

إن حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله، يقتضي التمييز بـــين ما إذا كان المتصرف إليه – المشتري- (إذا كان التصرف بيعا)، يعلم أو يجهـــل أن الشريك المتصرف (البائع) شريكا في العقار الشائع، وهو ما سنعرض له فيما يلـــي:

1 - حكم جهل المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع

إذا ما أقدم الشريك في الشيوع على التصرف بالبيع للعقار الشائع كله لفائدة المشتري، وكان هذا الأخير يجهل أن البائع شريكا في العقار الشائع، بمعنى أنه كان يتوقع بأن البائع يملك العقار محل البيع ملكية مفرزة تامة، فإنه يكون قد وقع في غلط جوهري في محل البيع، وأنه لو علم بذلك لما أقدم على إبرام العقد، ومن ثم كان له حق المطالبة بإبطال البيع تأسيسا على الغلط الذي وقع فيه طبقا لأحكام المادة 81 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، ويوصف الغلط بأنه جوهريا إذا ما بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط طبقا لأحكام المادة 82 من القانون المدني.

كما أن للمشتري ان يطالب بإبطال البيع فيما يخص الحصة الشائعة للشريك الآخر أو باقي الشركاء، غير الحصة العائدة للشريك البائع، وذلك تأسيسا على أن الشريك البائع يكون قد باع ملك غيره طبقا لأحكام المادة 397 من القانون المدني التي تنص على أنه : "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه.

وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري ".

والأمر هنا يختلف عن الحالة التي يقوم فيها الشريك بالتصرف في جزء مفرز في العقار الشائع والتي لا يكون فيها للمشتري حق إبطال البيع على أساس بيع ملك الغير، وذلك لاحتمال وقوع الجزء المفرز محل البيع في نصيب البائع بعد القسمة، و منه تخلص ملكيته تامة للمشتري، أما في حالة بيع كل العقار الشائع فإنه للمشتري أن يطالب بإبطال البيع لوقوعه في غلط جوهري في محل البيع، أو أن يطالب بإبطال البيع فيما يخص الحصة الشائعة الخاصة بالشريك الآخر أو باقي

الشركاء على أساس أن البائع باع ما يملك وما لا يملك، فهو باع ما يملك بالنسبة لحصته الشائعة و باع ما لا يملك بالنسبة لباقي الحصص الشائعة، وتأخذ حكم بيع ملك الغير، وسوف نعرض ولو بإيجاز لأحكام هذا النوع من البيوع أي بيع ملك الغير.

من خلال نص المادة 397 قانون مدني يمكننا التمييز بين حكم بيع ملك الغير فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للمالك الحقيقي.

أ ـ فيما بين المتعاقدين

إن نص المادة 397 قانون مدني قررت لمصلحة المشتري وحده حق طلب إبطال البيع إذا كان صادرا من غير مالك الشئ المبيع، و الأمر نفسه لو باع الشريك في الشيوع للعقار الشائع كله، فإنه يعتبر تصرفا في حصة الشريك الآخر، وبذلك يكون قد باع فيما يخص هذه الحصة ملك غيره. وللمشتري حق المطالبة بإبطال البيع فيما يخص هذه الحصة على أساس بيع ملك الغير. و ليس للبائع أن يطالب بإبطال البيع على أساس أنه باع ملك غيره، لأن طلب الإبطال مقررا لمصلحة المشتري بنص القانون. ويذهب بعض الفقه إلى أن للبائع طلب إبطال البيع على أساس أنه وقع في غلط إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له[1].

كما أن للمشتري أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر و من خسارة لحقت به، أو كسب فاته، وذلك بعد الحكم بإبطال البيع بشرط أن يكون حسن النية، بمعنى أن لايكون وقت البيع عالما بأن البائع لا يملك المبيع. أما إذا كان يعلم ذلك فإنه يستطيع أن يطالب بإبطال البيع ولا يسترد إلا الثمن دون أي تعويض ولا ما أنفقه في سبيل ذلك.

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في الشرح القانون المدني – البيع – المجلد الرابع، ص 290.

ويصح البيع إذا ما اكتسب البائع العقار المبيع بأي سبب من أسباب كسب الملكية، لأنه بذلك يتحقق الغرض من البيع. حتي وإن كان للمشتري طلب إبطال البيع فيما يخص حصة الشريك الآخر. ويكون له ذلك إذا رفع دعواه قبل أن يكتسب البائع ملكية العقار كله.

ب ـ بالنسبة إلى المالك الحقيقي

إذا لم يقر المالك الحقيقي للبيع سواء أجازه المشتري أو لم يجيزه فإن المالك الحقيقي يعتبر أجنبيا عن هذا البيع، فلا يسري في حقه البيع ويبقي مالكا ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري. وفي حالة تسليم المبيع فإنه يحق له استرداده من يد المشتري عن طريق دعوى الاستحقاق. إلا انه في الحالة التي يكتسب فيها المشتري المبيع عن طريق التقادم، فإنه يبقي أمام المالك الحقيقي حق المطالبة بالتعويض بالرجوع على البائع.أما إذا أقر المالك الحقيقي البيع فإن البيع يحدث أثاره وتنقل الملكية من المالك الحقيقي الى المشتري، وهي خاصية يتميز بها بيع ملك الغير، وهذا ما نصت عليه المادة 398 من القانون المدني التي جاء فيها : " إذا أقر المالك البيع، سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري ".

ونخلص إلى أنه إذا باع الشريك العقار الشائع كله، وكان المشتري وقت البيع يجهل أن البائع شريكا في العقار الشائع، فإن البيع يكون قابلا للإبطال في حصة الشريك البائع على أساس وقوع المشتري في غلط جوهري في صفة الشيء المبيع. ويكون قابلا للإبطال في حصص سائر الشركاء أو حصة الشريك الآخر علي أساس أن بيع الشريك لها هو بيع ملك غيره. وتخلص ملكية العقار المبيع كاملا إلى المشتري، إذا ما أكتسب الشريك البائع الحصة الشائعة بأي طريق من طرق إكتساب الملكية، وبذلك تنتقل الملكية للمشتري بعد إتمام إجراءات نقلها.

2 - حكم علم المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع

على عكس ما رأيناه في الحالة الأولي و التي يكون فيها المشتري جاهلا بأن البائع شريكا في العقار الشائع، فإن في هذه الحالة أي التي يكون فيها عالما وقت البيع بأن البائع شريكا في العقار الشائع، فإنه لا يستطيع المطالبة بإبطال البيع على أساس أنه وقع في غلط جوهري في صفة الشئ المبيع، لأنه بعلمه أن البائع شريكا في العقار الشائع كان يعتقد أنه ستؤول إليه ملكية العقار الشائع كله، ومن ثم تنقل إليه ملكية ذلك العقار. ويجب التمييز بين ما إذا تملك الشريك البائع كل العقار، بمعني أنه إكتسب ملكية الحصة أو الحصص الشائعة الخاصة بسائر الشركاء بأي سبب من أسباب كسب الملكية. وبذلك يصبح مالكا لكل العقار المبيع وهي الصورة التي يتحقق فيها الهدف من البيع ولا يجوز فيها حينئذ للمشتري طلب فسخ البيع. وأما الحالة التي لا يمكن فيها للشريك البائع اكتساب باقي الحصص الشائعة، فإنه في هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين أن يبقي على الحصة التي آلت إلى الشريك البائع ويقبل بها علي أن يدفع ثمنها المقابل فقط أو يطلب فسخ البيع لأنه لا يرغب في تفرق الصفقة عليه لأن إرادته كانت تتجه لشراء كل العقار و يستخلص من ذلك أنه إذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في العقار الشائع المبيع، و لم يستطيع الشريك البائع أن يستخلص ملكية كل العقار، كان للمشتري طلب فسخ البيع، فإن وقع جزء مفرز من العقار الشائع المبيع في نصيب البائع عند القسمة، كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن، وإما طلب فسخ البيع لتقرق الصفقة عليه، وإذا استطاع الشريك البائع استخلاص ملكية العقار المبيع كله، كأن حصل علي إقرار من باقي الشركاء أو اشتري حصصهم أو انتقلت إليه ملكية هذه الحصص بأي سبب من أسباب كسب الملكية، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع[1].

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ حق الملكية ــ المجلد الثامن، ص 879 .

وخلاصة هذا المطلب هي أنه إذا تصرف الشريك في الشيوع منفردا في كل العقار الشائع بأي نوع من أنواع التصرف، سواء أكانت ناقلة للملكية كالبيع مثلا أو رتب عليه حقا عينيا أصليا أو تبعيا، وكان المتصرف إليه يجهل أن المتصرف شريكا في العقار الشائع. بمعني آخر أنه أي المتصرف إليه حسن النية، فيكون له الحق في أن يتمسك إما بإبطال التصرف على أساس قاعدة الغلط الجوهري بالنسبة للحصة التي تعود للمتصرف، أو إبطال التصرف على أساس أنه صادر من غير مالك بالنسبة لحصص باقي الشركاء.

أما إذا كان المتصرف إليه يعلم أثناء التصرف أن المتصرف شريك في العقار، بمعني آخر أن المتصرف إليه سئ النية، فإنه لا يجوز له إلا التمسك بفسخ التصرف، مهما كان نوعه، إذا لم يتمكن المتصرف من استخلاص ملكية كل العقار محل التصرف.

المطلب الثاني
أثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق شركائه فيه

إذا ما تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله. لفائدة شخص ما، بأن باعه مثلا سواء كان هذا الأخير يعلم أو يجهل بأن الشريك البائع يملك أو لا يملك العقار كله مفرزا أو في الشيوع، فإن باقي الشركاء يعتبرون من الغير في التصرف –البيع- الذي أبرمه الشريك، وذلك بالنسبة لحصصهم الشائعة في العقار الشائع. ولا يكون البيع نافذا في حقهم، باستثناء الحصة الشائعة التي للشريك البائع. بمعنى أن البيع ينفذ في حق باقي الشركاء بالنسبة للحصة الشائعة التي تعود للبائع فقط. ويظل البيع غير نافذ في حقهم بالنسبة لحصصهم الشائعة، وذلك بأن يحل المتصرف إليه (المشتري) محل الشريك البائع في حصته الشائعة، ويصبح شريكا

مع سائر الشركاء، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن لأي شريك من سائر الشـــركاء أن يتعرض للمشتري في حصته الشـــائعة أو يطالــب بإبطــال البيــع أو يــدعي استحقاقها(1).

ويأخذ هذا التصرف حكم تصرف الشريك في حصة مفرزة قبل القســـمة، ذلك أنه يعتبر قد تصرف فيما يملك و ما لا يملك. وعليه وتطبيقا للقواعد العامـــة لأحكام البيع، فإن حقوق سائر الشركاء لا تتأثر بهذا التصرف مهما كان نوعـــه، ولا يكون نافذا في حقهم بالنسبة إلي حصصهم الشائعة إلا إذا أقروه ومتى أقـــروا ذلك، فإن البيع أو التصرف ينتج أثره بنقل الملكية تامة إذا كان مـــن التصـــرفات الناقلة للملكية بإتمام إجراءات نقلها طبقا للقانون.

وفي حالة إنكار المتصرف إليه (المشتري مثلا) حـــق ســـائر الشـــركاء في حصصهم الشائعة في العقار، فإن لهؤلاء حق رفع دعوى الاستحقاق على كل مـــن المشتري و الشريك البائع للمطالبة بإستحقاقهم لحصصهم الشائعة وذلك بموجـــب دعوي الإستحقاق(2) والتي سنعرض لها فيما يلي:

دعوى الاستحقاق وطرق الإثبات فيها:

أ - ماهية دعوى الاستحقاق وتمييزها عن باقي الدعاوى

إن دعوى الاستحقاق هي تلك التي تقوم لحماية الملكية، يقيمها من يـــدعي ملكية عقارا ما، وهي بذلك تصنف على أنها دعوى عينية، مجالها المطالبـــة بملكيـــة العقار الذي صار تحت يد الغير نتيجة تصرف ما.

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ــ حق الملكية ــ المجلد الثامـــن، ص 880 .

(2) ــ المرجع نفسه ، ص 874 .

وعليه فإن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك للمطالبة بملك له تحت يد الغير، محلها ينصب على المطالبة بالملكية ولا يمتد إلي طلب رد الشئ إلي المالك بعد أن حازه الغير بناءا على التزام في جانب المالك. فتلك دعوى شخصية، كدعوى المؤجر ضد المستأجر لرد العين المؤجرة بعد نهاية عقد الإيجار، ودعوى المودع ضد المودع لديه لرد الشئ المودع، ودعوى المعير ضد المستعير لرد الشئ المعار. فكل هؤلاء لا يرفعون دعوى الاستحقاق، بل دعوى شخصية قائمة علي وجود التزامات نشأت بموجب العقود المختلفة المنشئة للالتزام. ولا تعتبر أيضا من دعاوى الاستحقاق، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي برد الحيازة لا الملكية، فهي تعتبر دعوى حيازة ،كما لا تعتبر دعوى استحقاق، الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية، كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فهي دعوى عينية تسمي دعوى إقرار. وفي حالة رفعها من المالك علي من يدعي بحق عيني علي عقاره، تسمي دعوى إنكار[1]. ودعوى الاستحقاق هي التي تعرف بدعوى استرداد الملكية وتختلف عن دعوى استرداد الحيازة من خلال محلها و طرق الإثبات فيها.

و أما أطراف دعوى الاستحقاق (استرداد الملكية) فهما المدعي بملكية العقار بمعني المالك والمدعى عليه وهو الحائز أي الذي يوجد العقار محل الدعوى تحت يده. وترفع دعوى الاستحقاق في أي وقت يرى من يدعي ملكية العقار رفعها فيه. فهي غير مقيدة بأجل محدد ،وبذلك فهي دعوى لا يمسها التقادم طالما أنها مرتبطة بحق الملكية وهو حق دائم، اللهم إلا إذا استطاع المدعى عليه إثبات تملكه للعقار عن طريق الحيازة (التقادم المكسب). ففي هذه الحالة نقول أن دعوى الاستحقاق

---

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – المجلد الثامن، ص 592 .

لم يطلها التقادم نتيجة عدم الاستعمال، وإنما لوجود شخص آخر (الحائز) قد اكتسب ملكية ذلك العقار عن طريق الحيازة متى توافرت شروطها، وهي وضع اليد بصفة هادئة و مستمرة لمدة حددها المشرع بمدة قصيرة بشرط وجود سند صحيح ومدة طويلة.

ب ـ طرق الإثبات في دعوى الاستحقاق

إذا كانت طرق الإثبات في الدعوى الشخصية قد حددها التقنين المدني في النظرية العامة للإثبات في المواد من 323 إلى 350 وهي الكتابة و البينة، و القرائن، و الإقرار واليمين، فإن هذه الطرق لا تصلح إلا لإثبات الالتزام الذي نشأ في ذمة الغير بموجب أحد مصادر الالتزام المعروفة، وهي العقد و الإرادة المنفردة و الفعل الضار و الفعل النافع أو القانون كمصدر مباشر.

أما الإثبات في دعوى الاستحقاق فإنه لا ينصب على مصدر نشؤ الالتزام في ذمة الغير، وإنما يرد على الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر لكسب الملكية، أو حق عيني آخر، وهي التصرف القانوني، الشفعة، (الحيازة التقادم المكسب) في العقار والإستلاء، والميراث. وهذه الأسباب لا تثبت إلا بمحرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وفقا لأحكام المادة 29 من قانون التوجيه العقاري التي تنص علي مايلي:"يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"(1).

ذلك أن انتقال الملكية ليس له أثر بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة إلي الغير إلا من يوم شهر السند الذي أنشا حق الملكية، باستثناء نقل الملكية عن طريق الوفاة، فإن الشهر يسري بأثر رجعي فتعتبر الملكية قد انتقلت إلي الورثة من تاريخ وفاة المورث حتى ولو تم إشهار الحقوق الميراثية بموجب الشهادة التوثيقية بعد مدة

(1) ــ قانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 ، يتضمن التوجيه العقاري.

معينة من تاريخ الوفاة، وذلك وفقا لأحكام المادتين 15، 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري، حيث تنص المادة 15 منه علي ما يلي :" كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "(1).

و بناءا على ما تقدم فإنه يفترض أن يكون للمدعي في إطارإثبات الملكية في دعوى الاستحقاق أربع فرضيات، فقد يكون له دفتر عقاري، وقد يكون له محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية، وقد يكون له محرر عرفي مسجل بمصلحة الطابع والتسجيل ثابت التاريخ قبل 1971/01/01 و أخيرا قد يدعي ملكية العقار و ليس له أي محرر. وفي جميع هذه الفرضيات يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار.

1 - وجود دفتر عقاري بعد عملية المسح

وهي الحالة التي يكون فيها إثبات الملكية بدلالة قطعية يقينية. و يحتج صاحب الدفتر العقاري علي الجميع بما في ذلك الحائز لمدة طويلة، فلا يستطيع الحائز أن يدحض هذا الدليل بالحيازة الهادئة العلانية الظاهرة المستمرة دون لبس، لأن اكتساب الملكية بالتقادم يشترط فيه إعداد عقد شهره. ويتم شهره بالمحافظة العقارية وفقا للمادة 88 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص علي ما يلي:" لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه.

---

(1) ــ الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.

و المتصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه أو إنقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإشهار من أجله.

إنه إبتداء من الإشهار المعطي للعقد أو القرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد، لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد الصاحب السابق لهذا الحق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلي فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق عيني عقاري" (1).

وهذا الأمر غير متيسر للحائز مادامت الملكية مسجلة باسم شخص آخر، وإلا كان هذا طريق للأشخاص للتحايل على القانون و نقل ملكيتهم بواسطة هذا الأسلوب، هربا من الضرائب و الرسوم المفروضة على إنتقال الملكية العقارية بين الأفراد.

كما أنه لا يجوز للواقع وهو الحيازة أن يدحض دليلا قانونيا حدد أثاره القانون، ذلك أن الحيازة هي مجرد قرينة على الملكية قابلة لإثبات العكس بدليل أقوى منها إلي أن يقوم الحائز بشهر عقد ملكيته بالتقادم دون اعتراض أحد، فحينئذ يصبح مالكا بموجب سند قانوني، فتصبح القرينة قاطعة لا يمكن إتبات عكسها طبقا للمادة الأولي من المرسوم رقم 352/83 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية و التي تنص علي ما يلي:" كل شخص يحوز في تراب البلدية التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المذكور أعلاه، عقارا من نوع (الملك) حيازة مستمرة، غير منقطعة ولا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس، طبقا لأحكام الأمر58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، يمكنه أن

(1) ــ المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقـــد شـــهرة يتضمن الاعتراف بالملكية"[1]. وذلك بعد قيام المعني بإتخاد الإجراءات المنصـــوص عليها بنفس المرسوم.

أما قبل إعداد المسح العقاري فإن الحائز لعقار يفترض أنه صـــاحب هـــذا العقار حتي يثبت خلاف ذلك. كما تقضي به المادة 823 من التقنين المدني، وهو ما أيدته المادة 39 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري التي تـــنص علي أنه: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمـــر رقـــم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 يمارس في أراضي الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودهـــا، ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة و علانية لا يشوبها شبهة أن يحصل علي ســـند حيازي يسمي" شهادة الحيازة ". وهي تخضع لشـــكليات التســـجيل و الإشـــهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي.

ويبقي تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعا للقانون الخاص المعلن عنه في المادة 64 أدناه "[2].

ويتبين بمفهوم المخالفة لهذا النص أن شهادة الحيازة لا تسلم لمن يحوز عقـــارا في الأراضي التي تم تحرير عقود ملكيتها بعد المسح العقاري[3].

2 - وجود محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية

وهي الحالة أو الفرضية التي يعد فيها هذا المحرر سندا لملكية الحـــائز طالمـــا أن الحيازة لم تنتقل إلي الغير لمدة 15 سنة أو عشر سنوات، إذا كان الحائز حسن النية.

---

(1) ــ **المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 ، يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .**

(2) ــ **قانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 ، يتضمن التوجيه العقاري.**

(3) ــ **عبد الرحمان ملزي – محاضرة بعنوان : نطاق حق الملكية وحمايته- المدرسة العليا للقضاء ، سنة 2002 – 2003 .**

فهذا الدليل مجرد قرينة علي الملكية يمكن دحضها بالحيازة إذا تـوافرت شـروطها، ذلك أن من يحوز محررا رسميا وفقا لنظام الشهر الشخصي لا يقـوم أو لا ينـهض دليلا قاطعا علي أن المالك قد تلقي الملكية من صاحبها نظرا لما يمكن أن يثيره تشابه الأسماء من خلط في اسم المالك الحقيقي الذي تلقى منه المالك الأخير الملكية.

3 - وجود محرر رسمي عرفي اكتسب تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01

إن هذا المحرر رغم انه غير رسمي، لا يختلف بقوته على المحرر الرسمي لكونـه دليلا صحيحا لإثبات التصرف الناقل للملكية لوقوعه في ظل القـانون الفرنسـي المطبق في الجزائر قبل صدور قانون التوثيق في 1970/12/25. فإذا كان المحرر العرفي ثابت التاريخ طبقا لأحكام المادة 328 من التقنين المدني وصدر من المالك الحقيقـي قبل 1971/01/01 فإنه يكون حجة علي المالك المتصرف إذا كان هو الحـائز لأن التصرف صدر منه وهو ملزم بتنفيذ التزامه، وذلك تطبيقا لأحكام المـادة 89 مـن المرسوم رقم 63/76 المعدل و المتمم للمرسوم 123/93 والتي تنص علي ما يلـي : "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولي من المادة 88 أعلاه.

ــ عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السـجل العقـاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلي 18 من هذا المرسوم.

ــ عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971"(1).

كما يكون حجة علي الحائز غير المالك بعد شهر هذا المحرر وفقا لأحكـام المادة السالفة الذكر، إلا إذا كان الحائز قد اكتسب الملكية بسند مشهر قبل شـهر المحرر العرفي، فإن صاحب المحرر العرفي يرجع علي المالك بدعوى شخصـية علـي أساس ضمان الاستحقاق المقرر في عقد البيع.

(1) ــ المرسوم رقم 63/76 ، المؤرخ في 1976/03/25 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

4 ـ وجود محرر غير ثابت التاريخ أو ثابت التاريخ بعد 1971/01/01

وهي الفرضية أو الحالة التي تأخذ حكم عدم وجود سند ملكية لدى المدعي، فإذا كان الحائز هو المالك لمحرر رسمي مشهر، فإنه يبقي هو المالك ولا يلزم بنقـــل الملكية لحائز المحرر العرفي لأنه لا يوجد أي تصرف قانوني يلزمه بـــذلك لـــبطلان التصرف الواقع بين الطرفين. ولا يستطيع حائز المحرر العرفي شـــهر محـــرره طبقـــا للمادة 88 من المرسوم رقم 63/76 المذكور أعلاه.

أما إذا كان الحائز هو المالك بمحرر عرفي تلقاه من مالك فإن حيازته أقوى من دليل المدعي، ذلك أنه بإمكان الحائز تملك العقار بالحيازة عن طريـــق التقـــادم المكسب، بينما ليس للمدعي طريقا للتملك، وإذا انتزعت الحيازة عنوة من الحائز، فله أن يستردها بدعوى استرداد الحيازة دون أن يطلب منه إثبات الملكية، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/10/26 المنشـــور بالمجلـــة القضائية العدد الثالث لسنة 1989، والذي قضى بنقض القـــرار القاضـــي بطـــرد شخص من عقار استولى عليه بالقوة لعدم تقديم المـــدعي عقـــد الملكيـــة،وجاء في تأسيس المحكمة العليا انه:"حيث انه وبالرجوع إلى أوراق القضية يتضح أن دعوى الطاعن كانت ترمي إلي طرد المطعون ضداهما من قطعة ترابية ملكا لـــه اســـتحوذا عليها حسب قوله بالقوة.

حيث إن هذه الدعوى هي دعوى حيازة خاضعة لأحكام المواد المستند إليها في الطعن، وبما أن قضاة الموضوع تأسسوا في رفضهم تلك الدعوى علي كـــون " الطاعن لم يقدم عقد ملكية رسمي "، فإنهم يكونون قد أســـاؤوا تطبيـــق القـــانون مجردين بذلك قضائهم من القاعدة القانونية مما يستوجب النقض[1].

(1) ــ المحكمة العليا - الغرفة المدنية - قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 28369 المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثالث ، ص 16 .

تلك هي دعوى الاستحقاق (استرداد الملكية) وطرق الإثبات فيهـــا. فـــإذا باع الشريك في الشيوع كل العقار الشائع، فإن البيع يكون نافدا في حـــق بـــاقي الشركاء بنسبة حصته الشائعة فقط والتي تنتقل ملكيتـــها للمشـــتري بعـــد إتمـــام إجراءات نقل الملكية، فيما يبقي البيع غير نافذا في حق سائر الشركاء بالنســـبة إلي حصصهم الشائعة في العقار ولهم في حالة إنكار المشتري عليهم حقهم في ذلك أن يطالبوا باسترداد الملكية عن طريق دعوى الاستحقاق. وفي حالة تمكنهم من ذلك، فإنه يبقى أمام المشتري الرجوع على البائع بدعوى الاســـتحقاق الجزئـــي بقـــدر حصص الشركاء الآخرين.

الفصل الثاني

تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم

في العقار الشائع

الفصل الثاني
تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع

تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري علي أن: " للشركاء الذين يملكون علي الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلي أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلي باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلي المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان، وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة لمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا ".

يستفاد من هذا النص أن التصرف في العقار الشائع يقتضي اتفاق جميع الشركاء. ولكن قد يتعذر إجماع الشركاء على التصرف في هذا العقار. مع إعطاء الأقلية غير الموافقة على التصرف الضمانات الكافية. وعلى هذا الأساس سوف نعرض في مبحث أول إلي تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع، ونخصص المبحث الثاني لتصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع كما يلي أو وفق الخطة التالية:

المبحث الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع.

المبحث الثاني : تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع.

المبحث الأول
تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع

إن تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع، قد يشمل العقار الشائع كله، وقد ينصب على جزء مفرز من العقار الشائع. وعليه سنعرض لذلك في مطلبين كمايلي:

المطلب الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله.

المطلب الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع.

المطلب الأول
تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله

إذا ما وقع إجماع الشركاء في الشيوع على التصرف في العقار الشائع كله بأي نوع من أنواع التصرف، سواء أكانت ناقلة للملكية، كالبيع مثلا أو ترتيب حق عيني أصلي كحق الإنتفاع أو الإرتفاق، أو حق عيني تبعي كرهنه رهنا رسميا أو حيازيا. وسنعرض لهذه التصرفات بنوع من التفصيل.

أولا : التصرفات الناقلة للملكية

للشركاء مجتمعين حق التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية. و سنقتصر في هذا المجال على البيع بحكم أنه التصرف الأكثر شيوعا او استعمالا في الحياة العملية و بعده الهبة.

1 - بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله

يكون هذا النوع من البيوع، أي بيع العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين في حالة إقدامهم علي إنهاء حالة الشيوع و استحالة قسمة العقار الشائع عينا، و بذلك يسمى هذا النوع من البيوع ببيع التصفية، و مثاله أن مجموعة من الأشخاص يملكون عقارا في الشيوع، مهما كان سبب الشيوع، و أرادوا إنهاء حالة الشيوع، سواء باتفاقهم أو بطلب من أحدهم وكانت القسمة العينية للعقار مستحيلة بالنظر إلي عدد الشركاء ومساحة العقار الشائع، أو أن القسمته العينية تؤدي إلي الإنقاص من قيمته كما لو بيع كاملا، فإنه في هذه الحالة يباع العقار الشائع بالمزاد العلني، ويأخذ كل شريك من ثمنه بحسب نصيبه أو حصته في العقار الشائع. وهنا نتصور فرضيتين، فإما أن يرسو المزاد العلني على احد الشركاء أو يرسو المزاد العلني على شخص أجنبي.

ففي الحالة التي يرسو فيها المزاد العلني على أحد الشركاء، فإنه يـــدفع الـــثمن الراسي به المزاد بعد خصم مقدار نصيبه في العقار. وفي حالة رسو الماد العلني علـــى شخص أجنبي، فإنه يكون ملزما بدفع كامل الثمن[1] والمصاريف والرســـوم الـــتي تترتب علي التسجيل والشهر والحقوق النسبية التي تؤول إلي الخزينـــة العموميـــة، ويخضع هذا النوع من البيوع إلي إجراءات خاصة نظمها قانون الإجراءات المدنية، وهي التي تختص بها محكمة مقر المجلس القضائي على خلاف القاعدة العامـــة الـــتي يؤول فيها الاختصاص إلي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار طبقا لأحكام المـــادة 8 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية التي تنص علي مايلي : "...... ويـــؤول الاختصاص للمحاكم المنعقدة في مقر المجالس القضائية، للفصل دون سواها بموجب حكم قابل للاستئناف أمام المجلس القضائي، في المواد التالية: الحجـــز العقـــاري، وتسوية قوائم التوزيع و بيع المشاع.... ".

غير أن القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بالجريدة الرسمية في عدد 21 بتاريخ 2008/04/23 أعـــاد الاختصاص إلي القاعدة العامة. ومنه سيؤول الاختصاص في بيع المشاع إلى المحكمة التي يقع في دائرتها هذا العقار الشائع وذلك وفق أحكام المـــادة 722 منـــه ، مـــع ملاحظة أن سريان هذا النص الجديد يكون بعد سنة من تاريخ نشره في الجريـــدة الرسمية.

كـــما يمكن أن يكون هذا البيع باتفاق جميع الشركاء رضائيا، أي دون اللجوء إلى القضاء وذلك بتعاقدهم مع المشتري سواء كان أحد الشركاء أو أجنبي عنـــهم. وبإتمام شكلية الكتابة الرسمية و إتمام إجراءات نقل الملكيـــة المتمثلـــة في التســـجيل

(1) ــ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – عقد البيع، المجلد الرابـــــــع، ص 306.

والشهر بالمحافظة العقارية، تنتقل ملكية العقار إلي المشتري، و يكون البيع بذلك صحيحا ونافذا في حق جميع الشركاء، و لا يمكن بعد ذلك لأي منهم الاحتجاج بغير ذلك.

2 - الهبة

يحق للشركاء مجتمعين أن يتصرفوا في العقار الشائع كله بالهبة، وهي من التصرفات الناقلة للملكية وعرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بنصه:" الهبة تمليك بلا عوض ".

وتخضع لأحكام قانون التوثيق من كتابة رسمية، و إجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية حتى تحدث أثرها في نقل الملكية. وقد تكون الهبة صادرة من جميع الشركاء إلي أحدهم أو إلي أجنبي. وخلافا للهبة العادية، بمعني إذا كان محلها غير مشاعا، فإنها لا تتم إلا بالحيازة، أما إذا كان محلها عقارا مشاعا، فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة بحسب نص المادة 208 من قانون الأسرة التي تنص علي مايلي: " إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة ".

ونخلص في هذا الإطار إلي أنه للشركاء المشتاعين مجتمعين التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية. وتجدر الإشارة إلي أنه في الحالة التي يملك فيها الشركاء عدة عقارات في الشيوع، كأن تكون قطعة أرض ومباني وقرروا مجتمعين التصرف ببيع قطعة الأرض، فإنها تخرج من الملكية الشائعة لهم وتصبح مفرزة بالنسبة للمشتري سواءا كان أحد الشركاء أو أجنبي. وتبقي ملكيتهم شائعة فيما يخص المباني فقط، ولا يتأثر نقل ملكية العقار محل البيع بما ستسفر عنه قسمة باقي العقارات الشائعة.

ثانيا: ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين

إذا كان للشركاء في الشيوع الحق في التصرف في العقار الشائع كله بأي تصرف ناقل للملكية، فإنه يجوز لهم مجتمعين ترتيب أي حق عيني سواء كان أصليا، كالانتفاع والإرتفاق، أو تبعيا كرهنه رهنا رسميا أو رهن حيازي. وسنعرض لذلك فيما يلي بنوع من التفصيل.

1 - ترتيب حق عيني أصلي

للشركاء في الشيوع أن يقرروا على العقار الشائع كله حقا من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، كأن يرتبوا حق انتفاع أو إرتفاق لفائدة الغير، أو أحد الشركاء. نتناول ذلك فيمايلي:

أ ـ ترتيب الشركاء مجتمعين لحق انتفاع على العقار الشائع كله

تنص المادة 844 من القانون المدني علي ما يلي: "يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضي القانون.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين علي قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن ".

يستفاد من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرف حق الانتفاع، وإنما حدد أسباب اكتسابه.

وباعتباره متفرعا عن حق الملكية، فهو حق عيني، وذلك بأن يقتطع من المالك سلطتي الاستعمال والاستغلال وتمنح لشخص آخر غير المالك، وهو بذلك يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشئ تمكنه من الاستفادة بمنافعه دون وساطة من آخر. ويعطي أيضا للمنتفع حق الأفضلية والتتبع، ومنه نقول بأن حق الانتفاع يختلف عن

حق المستأجر الذي يعتبر حقا شخصيا الذي لا يستطيع الانتفاع بالعين المؤجرة إلا بواسطة المؤجر الذي يقع على عاتقه الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بـــالعين المؤجرة، وبذلك فإن لحق الانتفاع عدة خصائص أهمها: أنه حق عيني يـــرد علـــي عقار و بالتالي يجوز رهنه رهنا رسميا أو التصرف فيه، ويخضع في ذلك لأحكام نقل الملكية العقارية(1) مع بقاء ملكية الرقبة لصاحبها، وهي خاصـــية أخـــري لحـــق الانتفاع، بأن يرد علي عقار مملوك للغير.

وتنحصر مصادر أو أسباب حق الانتفاع بحسب المادة 844 من القانون المدني الجزائري في العقد و الشفعة و التقادم و القانون، فيكون بالعقد عندما يتم ذلك عن طريق الاتفاق على إنشاء حق الانتفاع لصالح شخص لم يكن له من قبل الانتفـــاع بالعقار و احتفاظ المالك بسلطة التصرف في العقار.فيجوز بيع أو هبة حق الانتفاع من مالك الرقبة والانتفاع بأن يقدم على بيعه حق الانتفاع أو بيعه الرقبة واحتفاظه بحق الانتفاع فيصبح هو المنتفع والمشتري هو المالك للرقبة، كما يمكـــن أن يكـــون ذلك عن طريق الهبة وهي كلها من العقود التي يتم بموجبها اكتساب الانتفاع.

وتكون الشفعة أيضا من أسباب كسب حق الانتفاع، و ذلك إذا بيـــع حـــق الانتفاع الملابس للرقبة أو بعضه، إذ يحق لمالك الرقبة أن يأخذ حق الانتفاع المبيـــع على عقاره بالشفعة، فتخلص له الملكية التامة، وهو ما قررته المادة 795 من القانون المدني التي نصت على مايلي: " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام الـــتي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.
للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع لأجنبي.
لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ".

(1) ــ نبيل إبراهيم سعد ــ الحقوق العينية الأصلية ــ دراسة مقارنة، ص 255 .

كما يمكن أن يكون التقادم سببا من أسباب كسب حق الانتفاع بنص القانون ويكون ذلك، إما بالتقادم الطويل المحدد بخمسة عشر سنة أو التقادم القصير بشرط وجود سند صحيح وهو بذلك لا يختلف عن حق الملكية.

ويمكن أن تكون الوصية أيضا سببا لكسب حق الانتفاع إذا كان الموصى له قيد الحياة. وذهب المشرع إلي أنه يجوز أن يوصي بحق الانتفاع حتى للحمل المستكن، وتجدر الملاحظة أنه ورد خطأ مطبعي في نص المادة 844 من القانون المدني باللغة العربية إذ وردت عبارة " متعاقدين " و الأصح هو "متعاقبين " بحسب النص باللغة الفرنسية ومعناه أن يوصي مالك العقار بحق الانتفاع لشخصين أو أكثر على التعاقب، فيكون إذا انتهي حق الانتفاع لأحدهم نشأ حق انتفاع جديد للذي يليه يستمد مباشرة من الوصية و ليس من المنتفع الذي سبقه(1).

ومتى تقرر حق الانتفاع لشخص المنتفع، يكون لهذا الأخير حق الاستعمال و الاستغلال لمحل الانتفاع و يحتفظ المالك بملكية الرقبة، فيكون للمنتفع حق استعمال العقار استعمالا شخصيا في كل ما أعد له، فيكون له أن يسكن البناء المعد للسكن وزراعة الأرض المعدة للزراعة، فيستعمل العقار كما لو كان مالكا له في حدود الغرض الذي أعد له بشرط أن لا يسيئ استعماله، فلا يجوز له أن يستعمله استعمالا غير مشروع أو استعمال غير متفق عليه. وفي ذلك تنص المادة 847 من القانون المدني على أنه : " على المنتفع أن يستعمل الشئ بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة.

وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ. فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشئ استعمالا

(1) ــ نبيل إبراهيم سعد ــ الحقوق العينية الأصلية ــ دراسة مقارنة، ص 258.

غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشئ، فللقاضي أن يترع العين من تحت يـــده وأن يسلمها إلي الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة الحال، أن يقرر انتهاء حـــق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير. "

وفي سبيل أن يتمكن المنتفع من ممارسة حقه في الانتفـــاع بالعقـــار محـــل الانتفاع، له أن يقوم بأعمال إدارته التي يتطلبها الانتفاع، ولـــه أيضـــا أن يقـــوم بأعمال التصرف بالنسبة إلى حقه في الانتفاع، وأخيرا أن يباشر الدعاوى اللازمـــة لحماية حقه في الانتفاع(1).

وبالمقابل تقع على عاتق المنتفع التزامات تتمثل في التقيد بالانتفاع بالعقـــار بحسب الغرض الذي أعد له، وكذلك الحفاظ عليه وإدارته إدارة حسنة وصـــيانته، ورده بالحالة التي استلمه عليها. وهو ما حددته المادتين 847 و848 مـــن القـــانون المدني، وما بعدهما. وينقضي حق الانتفاع بانتهاء المدة المتفق عليهـــا، وإذا كانـــت المدة غير محددة فإنه يعد مقرر لحياة المنتفع. وفي كل الأحوال ينتهي حق الانتفـــاع بموت المنتفع حتى ولو قبل انقضاء المدة إذا كانت محددة. وفي ذلك تنص المادة 852 من القانون المدني على أنه:" ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفـــع حـــتى قبـــل انقضاء الأجل المعين، وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل، أو عند موت المنتفع بزرع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلي حين إدراك الزرع، بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن ".

كما ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشئ بحسب نص المادة 853 مـــن القـــانون المدني التي تنص على أنه:" ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشئ إلا أنه ينتقل من شـــئ الهالك إلى ما قد يقبل قيمته، وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلي خطأ المالك فـــلا يجـــبر

(1) ـــ نبيل إبراهيم سعد – الحقوق العينية الأصلية – دراسة مقارنة، ص 264 .

المالك علي إعادة الشئ إلي أصله ولكنه إذا أعاده رجع حق الانتفاع إلي المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه وفي هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848 " .

وأخيرا ينقضي حق الانتفاع بالتقادم المسقط وذلك بعد الاستعمال لمدة خمسة عشر سنة طبقا لأحكام المادة 854 من القانون المدني.

وتجدر أخيرا الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري وعلى عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات كالمشرع المصري و المشرع اللبناني، لم يميز بين حق الانتفاع كحق متفرع عن حق الملكية وحق الاستغلال الذي هو سلطة مستمدة من حق الانتفاع مكتفي بالتنصيص على حق الانتفاع و الاستعمال و السكن.

ونخلص هنا إلي أنه للشركاء في الشيوع أن يقرروا بإجماعهم ترتيب حق الانتفاع على العقار الشائع كله لفائدة احد الشركاء أو لفائدة شخص أجنبي. وفي حالة تقريره لأحد الشركاء فانه يكون منتفعا بالعقار الشائع كله، ومالكا لحصته الشائعة بالنسبة للعقار وحق الانتفاع إذا كانوا الشركاء جميعا هم المنتفعون بالعقار الشائع.

أما إذا كان حق الانتفاع مقررا لفائدة شخص أجنبي، ومهما كان السند الذي اكتسب به هذا الحق، فان الشركاء في الشيوع يحتفظون بملكية العقار الشائع (الرقبة).

ب ـ ترتيب الشركاء مجتمعين لحق ارتفاق على العقار الشائع كله

تنص المادة 867 من القانون المدني على أنه : " الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار أخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له ".

ويلاحظ في بداية الأمر أن صياغة النص باللغة العربية يشوبه نقص أو بتر بالنظر إلي النص بالغة الأجنبية، ذلك أن هذا الأخير حدد بأن الارتفاق هو حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار أخر ملك أو مملوك لشخص آخر و يجوز أن يترتب علي مال عام (ملك للدولة) إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له، بمعني آخر نسجل سقوط عبارة "مملوك لشخص آخر " وكذلك " مال عام أو مملوك للدولة " من النص العربي، وهو ما أفضى عليه نوعا من الغموض والركاكة في الصياغة.

انطلاقا من النص نقول إن الارتفاق هو حق عيني عقاري لأنه لصيق بالعقار و لا يتصور في غير العقارات، ذلك أنه كرس لجعل عقار ما في خدمة عقار آخر مملوك لشخص آخر لسبب الحصر.

وعلى هذا الأساس فإن حق الارتفاق يمتاز بعدة خصائص، أهمها أنه حق عيني عقاري، فهو الذي يخول لصاحب العقار المرتفق سلطة مباشرة على العقار المرتفق به. وهو حق دائم لأنه مرتبط بدوام العقارين المرتفق و المرتفق به، وكذلك غير قابل للتجزئة. وهو مقرر على عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص أخر بمعنى يجب أن يكون العقارين المرتفق و المرتفق به مملوكان لشخصين أو مالكين مختلفين. وعلى ضوء ما تقدم فإن حق الارتفاق هو حق عيني عقاري يترتب لمصلحة عقار على عقار أخر. و يسمي العقار الأول بالعقار المرتفق أو العقار المخدوم، ويسمى الثاني بالعقار المرتفق به أو العقار الخادم وينصرف حق الارتفاق إلى الحق في المرور أو المسيل، ويتبع حق الارتفاق العقار المرتفق به ويكون من ملحقاته عند التصرف فيه، فينتقل معه إلى المتصرف إليه دون الحاجة الى ذكره في العقد. ولايقبل الانقسام إذا ما تم التصرف في العقار المرتفق على أجزاء أو إذا أصبح هذا العقار مملوكا على الشيوع لعدة أشخاص، فيظل الارتفاق على ما كان

عليه. و يمتنع على الملاك الجدد للعقار المرتفق طلب قسمة الارتفاق فيما بينهم لأن طبيعته تأبي الانقسام لانتفاء ذلك مع الإنتفاع المرجو منه.

كما يجوز أن يترتب الارتفاق علي المال العام، بمعني ملك الدولة، إذا كان ذلك لايتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال(1).

وقد حددت المادة 868 من القانون المدني المصادر التي ينشأ أو يكتسب بها حق الإرتفاق بنصها علي مايلي : " ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلاّ أنه لا تكسب بالتقادم إلاّ الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور ".

كما يمكن أن تترتب الإرتفاقات الظاهرة بالتخصيص من المالك الأصلي.

ويستفاد مما سبق أن مصادر حق الارتفاق هي التصرف القانوني كالعقد وكذلك التخصيص من المالك الأصلي، والتقادم في الإرتفاقات الظاهرة و الميراث، وكذلك بما تفرضه الحالة المادية أو الموقع الطبيعي للأمكنة.

ويكون التصرف القانوني مصدرا لحق الإرتفاق كالبيع أو الهبة أو الوصية وغيرها من التصرفات القانونية. فيقرر مالك العقار المرتفق به إرتفاقا لمصلحة العقار المرتفق، فيكون حينها الأول بائعا لحق الإرتفاق و الثاني مشتريا له يلتزم بدفع الثمن. ويخضع التصرف القانوني المنشئ لحق الإرتفاق إلي نفس الإجراءات التي تتطلب نفس التصرف إذا كان يتعلق بالموضوع، فيخضع البيع إلي الكتابة و الشهر بالمحافظة العقارية ويكتسب المتصرف إليه حق الإرتفاق اعتبارا من تاريخ الشهر ويصبح حق الإرتفاق من ملحقات العقار المرتفق. أما قبل شهره فلا ينشأ حق الإرتفاق، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير. ومفاد ذلك أن مالك العقار

(1) ــ أنور طلبة ــ المطول في شرح القانون المدني ــ الجزء الرابع عشر ، ص 278 .

المرتفق به إذا باع عقاره وأتم إجراءات نقل الملكية قبل شهر البيع وهو التصرف المنشئ لحق الإرتفاق، فإن العقار ينتقل إلي المشتري خاليا من حق الإرتفاق.

أما التقادم كمصدر لحق الإرتفاق، فإنه يشترط في ذلك أن يكون ظاهرا. فإن كان غير ظاهر كالإرتفاق بعدم التعلية فلا يرد عليه التقادم، إذ ليست له علامة خارجية تنبئ بوجوده. فحق الارتفاق بالمرور مثلا يكون ظاهرا بالمعنى العام للظهور إذا كان الشخص يمر علانية في أرض جاره[1] مع توافر شروط الحيازة المكسبة للحق،من هدوء وعلانية واستمرارية للمدة القانونية اللازمة في التقادم المكسب وهي على نوعين: طويلة محددة بخمسة عشر سنة وقصيرة بشرط وجود سند صحيح يدعمها وهي عشرة سنوات.

ويكون أيضا مصدرا لحق الإرتفاق التخصيص من المالك الأصلي ذلك أنه يجوز ترتيب حقوق إرتفاق علي عقارات مملوكة لمالك واحد بمعرفة هذا المالك، بحيث إذا إنتقلت هذه العقارات إلي أشخاص أخرين ظلت الإرتفاقات باقية على نحو ما رتبها المالك الأصلي، إذ يكون المتصرف إليه قد أرتضى ضمنا هذه الإرتفاقات ومثالها أن يكون للمالك أرضان متجاورتان بإحدامها منبع مائي وقام بشق قناة من هذا المنبع إلي أرضه المجاورة، فإذا ما باع الأرضيين لشخصين مختلفين، ظل حق الإرتفاق بالسقي أو الشرب قائما بتخصيص المالك الأصلي، وكذلك لو فتح مطلات علي أرض فضاء مجاورة له ثم باع تلك الأرض فيلتزم المشتري بإرتفاق المطل، فلا يبني في أرضه إلاّ علي النحو الذي لا يتعارض مع هذا الإرتفاق .ويشترط لترتيب هذا الإرتفاق، ضرورة وجود عقارين منفصلين كانا لمالك واحد، ولايشترط فيهما التلاصق. غير أنه يجوز أن يكون هناك عقارا واحدا قسمه المالك وجعل لقسم إرتفاق علي قسم آخر ويحدث الإنفصال أو التقسيم بتصرف

(1) ــ أنور طلبة ــ المطول في شرح القانون المدني ــ الجزء الرابع عشر ، ص 295 .

ناقل للملكية أو بقسمة أو تقادم مكسب، فلا يترتب الإرتفاق إذا كان الإنفصال بسبب فسخ أو بطلان، كأن يشتري المالك عقارا مجاورا يرتب عليه حق إرتفاق لعقاره الأول ثم يفسخ هذا العقد فيزول حينها الإرتفاق وفقا للاثر الرجعي للفسخ ،ايضا من شروطه ان يترتب الارتفاق ب معرفة المالك نفسه فلا يكون من صاحب حق إنتفاع أو مستأجر، وأن يكون الإرتفاق ظاهرا لاغموض فيه فتكون له علامة ظاهرة تدل عليه، كنافذة يفتحها المالك الأصلي مقررا بها حق المطل وفي حالة عدم وجود ما يفيد ظهور الإرتفاق فإنه لا يتحقق بتخصيص المالك الأصلي، لأن وجود العلامات الظاهرة تحقق علاقة التبعية بين العقارين بحيث اذا تصرف المالك الاصلي في أحدهما، توافرت الإرادة الضمنية بينه وبين من تصرف له على الابقاء على تلك العلاقة بين العقارين فيظل الإرتفاق قائما بينهما(1). وهذا ما كرسته المادة 869 من القانون المدني التي تنص علي أنه:" يجوز أيضا في الإرتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي. ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود إرتفاق لو أن العقارين كانا مملوكين لمالكين مختلفين، ففي هذه الحالة إذا إنتقل العقاران إلي ملاك مختلفين دون تغير في حالتهما عدّ الإرتفاق مرتبا بين العقارين لهما و عليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك ".

ويستعمل حق الإرتفاق علي الوجه الذي حددته المواد 872 وما بعدها من القانون المدني الجزائري والتي يتضح من خلال إستقرائها أنه يجب علي مالك العقار المرتفق أن يراعي في إستعماله لحقه عدم مجاوزته حدود حق الإرتفاق وفقا للسبب المنشئ له، فلا يجوز له أن يغير من نوع الإرتفاق، كأن يكون إرتفاق مرور فيحوله

(1) ــ أنور طلبة – المطول في شرح القانون المدني – الجزء الرابع عشر ، ص 311 .

إلي إرتفاق مطل أو سقي أو أن يغير في موضعه دون موافقة مالك العقار المرتفق به، كما لا يجوز له أن يستعمل الإرتفاق لفائدة عقار غير العقار المرتفق ولا ان يستعمله على عقار غير العقار المرتفق به حتى ولو لم يترتب عليه زيادة في العبء الواقع علي العقار المرتفق به، كما يجب عليه عدم زيادة العبء علي العقار المرتفق به و يجب علي مالك العقار المرتفق أن يستعمل حقه في الإرتفاق علي الوجه الذي ينشأ عنه أقل ضرر ممكن(1).

وذلك ما نصت عليه المادة 872 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه:" لمالك العقار المرتفق أن يجري من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الإرتفاق و يحفظه، ويجب عليه أن يباشر هذا الحق على الوجه الذي ينشأ عنه أخف الضرر للعقار المرتفق به ولا يجوز أن يترتب علي ما يوجد من حاجات العقار المرتفق أي زيادة في عبء الإرتفاق."

وفي مقابل ذلك يلتزم صاحب العقار المرتفق به بعدم قيامه بما من شأنه الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق، فموقفه في مواجهة صاحب حق الإرتفاق سلبيا، ذلك أن نص المادة 875 من القانون المدني تنص علي أنه:" لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شئ يؤدي إلي الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو أن يجعله شاقا، ولا يجوز له بوجه أخص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبدل الموضع المعين أصلا لإستعمال حق الإرتفاق بموضع أخر.

غير أنه إذا كان الموضع الذي عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الإرتفاق، أو أصبح الإرتفاق مانعا في إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الإرتفاق إلي موضع أخر من العقار، أو على عقار أخر يملكه هو، أو يملكه أجنبي إذا رضي الأجنبي بذلك، كل هذا متى كان

(1) ــ نبيل إبراهيم سعد ــ الحقوق العينية الأصلية ــ دراسة مقارنة ــ ص 314 .

إستعمال الإرتفاق في وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كـــان ميسورا به في وضعه السابق ".

ويتضح من خلال ذلك أن القاعدة أن مالك العقار المرتفق به لا يلتزم بـــأي عمل إيجابي يتعلق بجوهر حق الإرتفاق، حيث الإرتفاق حق عيني يعطي لصـــاحبه سلطة مباشرته، دون حاجة إلي تدخل صاحب العقار المرتفق به. لذلك فإن موقف صاحب العقار المرتفق به مجرد موقف سلبي، ينحصر في ترك صاحب العقار المرتفق يباشر الأعمال التي يخولها إياه حق الإرتفاق(1).

ويبقي أنه قد يحدث وان يتجزأ العقار المرتفق به بسبب ما، كالقسمة أو بيع جزء منه فما هو أثر ذلك علي حق الإرتفاق ؟.

الأصل أن الإرتفاق لا يتأثر نتيجة تجزئة العقار سواء كان مرتفقا أو مرتفقا به، فيبقي على وضعه الذي نشأ به دون تغيير بمعنى انه مقررا لمنفعة كل جزء مـــن العقار المرتفق وعلى كل جزء من العقار المرتفق به.

ففي حالة تجزئة العقار المرتفق نصت المادة 876 من القانون المدني على انه : " إذا جزئ العقار المرتفق بقي الإرتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يـــزد ذلـــك عبء تكاليف العقار المرتفق به.

غير أنه إذا كان الإرتفاق لايفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجـــزاء جـــاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الإرتفاق عن الأجزاء الأخرى ".

ومؤدي ذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق لأي سبب من الأســـباب كبيـــع جزء منه أو قسمته، فإن حق الإرتفاق يظل مستحقا لكل جزء بشرط ألاّ يترتـــب عن التجزئة زيادة في العبء الواقع علي العقار المرتفق به. ومثالها إذا كـــان حـــق الإرتفاق المقرر هو حق المرور في موضع معين من العقار المرتفق به، فـــإن المـــرور

(1) ـــ نبيل إبراهيم سعد ـــ الحقوق العينية الأصلية ـــ دراسة مقارنة ـــ ص 317 .

يبقي مستحقا حتى بعد تجزئة العقار المرتفق وفي نفس الموضع المعين. لكـــن إذا مـــا تبين بعد هذه القسمة أن حق الإرتفاق لم يعد يفيد إلاّ جزء من العقار المرتفق دون غيره، فإنه يجوز لمالك العقار المرتفق به حق المطالبة بزواله عن الأجزاء الأخري(1).

أما إذا كانت التجزئة تخص العقار المرتفق به فإن نص المادة 877 من القانون المدني تقر أنه : " إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الإرتفاق واقعا على كل جزء منه.

غير أنه إذا كان حق الإرتفاق لا يستعمل في الواقع على بعض هذه الأجزاء و كان لا يمكن أن يستعمل عليها، فلمالك كل جزء منها أن يطلـــب زوال هـــذا الإرتفاق عن الجزء الذي يملكه ".

ويستفاد من ذلك أن تجزئة العقار المرتفق به، لأي سبب من الأســـباب، لا تؤثر على حق الإرتفاق الواقع عليه، ويبقي واقعا علي كل جزء من أجزائه. فـــإذا كان إرتفاقا بالمرور. مثلا فإنه يبقي واقعا علي كل أجزاء العقار، إلاّ إذا تبين بعـــد التجزئة إنحصار موضع الممر في جزء معين، فإنه يكون بالتـــالي بـــدون موضـــوع بالنسبة للأجزاء الأخرى، ويجوز لمالكي هاته الأجزاء المطالبة بزوال هذا الإرتفاق.

وأخيرا فإن حق الإرتفاق ينتهي بحسب ما قررته مواد القانون المـــدني الـــتي جاءت في هذا المجال، ذلك أن المادة 878 منه تنص على أنـــه:" تنتـــهي حقـــوق الإرتفاق بإنقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما أو بإجتمـــاع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الإرتفـــاق إذا زال إجتماع العقارين."

ونصت المادة 879 منه على أنه:" ينتهي حق الإرتفاق بعدم إستعماله لمـــدة عشر سنوات، كما ينتهي أيضا بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين ســـنة إذا كـــان

(1) ــ المرجع نفسه، ص 311

الإرتفاق مقررا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، وكما يسقط حق الإرتفاق بالتقادم، فإنه يجوز كذلك بالطريقة ذاها أن يعدل من الكيفية التي يستعمل بها.

وإذا ملك العقار المرتفق شركاء على الشيوع فإنتفاع أحدهم بالإرتفاق يقطع التقادم لمصلحة الباقين، كما أن وقف التقادم لمصلحة أحد هؤلاء الشركاء يجعله موقوفا لمصلحة الباقين" .

يستفاد من هذين النصين أن حق الإرتفاق ينتهي بإنقضاء الأجل المحدد بسند السبب المنشئ له، ثم ينقضي بهلاك العقار المرتفق هلاكا تاما. و يلاحظ أن المشرع الجزائري إعتبر هلاك العقار المرتفق هلاكا تاما سببا لإنهاء حق الإرتفاق، و لم يتعرض إلي الفرضية التي يهلك فيها العقار المرتفق به، أو يهلك جزء من أحد العقارين؟ و يمكننا القول في هذا الخصوص أنه إذا هلك العقار المرتفق به هلاكا كليا، كما لو إنهدم البناء، فإن حق الإرتفاق ينتهي بزوال محله. فإذا أعيد بناءه من جديد، عاد حق الإرتفاق، ما لم يكن قد إنتهي بعدم الإستعمال أو بسبب أخر. أما إذا هلك العقار المرتفق به جزئيا، فإن حق الإرتفاق يبقي واقعا على الجزء الباقي.

كما ينتهي حق الإرتفاق بإجتماع العقارين المرتفق و المرتفق به في يد مالك واحد، وهو ما يعرف بإتحاد الذمة. ذلك أنه قد تنتقل ملكية العقار المرتفق إلي مالك العقار المرتفق به بأي سبب من أسباب كسب الملكية، أو أن يتملك شخص آخر هذين العقارين فتتحد الذمة في شخص مالك العقارين، و بها ينتهي حق الإرتفاق لكون المالك أصبح واحدا ولا يستساغ أن يكون للشخص إرتفاق على ملكه. ولكن إذا زال هذا الإجتماع أو الإتحاد للعقارين فإن حق الإرتفاق يعود واقعا كما نشأ في البداية.

وينتهي حق الإرتفاق أيضا بعدم الإستعمال لمدة عشر سنوات وهي مدة سقوط وكذلك الشأن بالنسبة للحالة التي يكون فيها حق الإرتفاق مقررا لمصلحة مال موروث، فإنه ينتهي أو يسقط بعدم إستعماله لمدة ثلاث وثلاثين سنة.

وأخيرا ينتهي حق الإرتفاق إذا تغير وضع الأشياء، بحيث تصبح حالة لا يمكن فيها إستعمال هذا الحق. وقد جاءت هاته الكيفية الأخيرة لإنتهاء حق الإرتفاق، لتقابل السبب المنشئ لحق الإرتفاق، والذي أوضحنا بأنه قد يكون الوضع الطبيعي للأمكنة مصدرا لنشوء حق الإرتفاق.

نخلص في هذا الإطار إلى أن للشركاء مجتمعين الحق في ترتيب حق إرتفاق على العقار الشائع كله لفائدة عقار آخر مملوك لشخص آخر، ويكون نافذا في حقهم جميعا.

و بالمقابل يمكن أن يستفيدوا جميعا من حق إرتفاق يرتب لفائدة العقار الشائع كله المملوك لهم من قبل مالك عقار آخر.

ويخضع حق الإرتفاق لكونه حقا عينيا عقاريا، للإجراءات اللازمة في التصرفات التي يخضعها القانون لهذه الإجراءات، والمتمثلة في الكتابة الرسمية و الشكلية المطلوبة، و التسجيل و الشهر العقاري بالمحافظة العقارية.

2 - ترتيب حق عيني تبعي

للشركاء في الشيوع أن يجتمعوا على ترتيب أي حق عيني تبعي على العقار الشائع كله، إذ لهم أن يرهنوا العقار الشائع كله رهنا رسميا أورهن حيازة. ولن نخوض في تفصيل الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي وسنكتفي بالبحث في حكم أو أثر القسمة، إذا ما قرر الشركاء مجتمعين هذا الحق، أي الحق العيني التبعي. وسنخص بالبحث الرهن الرسمي والرهن الحيازي لفائدة الغير، بعبارة أخرى ما هو مصير الرهن المقرر أو المرتب على العقار الشائع كله لفائدة الغير أو حتى لفائدة أحد الشركاء قبل قسمة العقار الشائع كله أو بعد القسمة أو حتى عند بيعه في حالة استحالة القسمة العينية؟.

2 - 1 ـ الرهن الرسمي

تنص المادة 890 من القانون المدني على أنه : " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته " .

يستفاد من هذا النص أن الرهن الرسمي الذي يرتبه جميع الملاكين لعقار شائع، يكون نافذا في حقهم جميعا ،سواء أكان ذاك قبل القسمة أو بعد القسمة، أو حتى بعد بيعه لاستحالة القسمة العينية.

فالرهن يكون صحيحا نافذا في حقهم جميعا قبل القسمة لأنه صدر منهم جميعا. فإذا تصرف هؤلاء الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله بعد رهنه، إنتقل هذا العقار إلى المتصرف إليه مثقلا بالرهن وما يرتبه من آثار. فيكون للدائن المرتهن حق تتبع العقار الشائع في يد المتصرف إليه، وكذلك التقدم في الحالة التي ينفذ فيها أحد دائني شريك منهم، كما أنه ينتقل إلي الورثة مثقلا بالرهن في حالة وفاة الشركاء جميعا أو بعضهم، وبذلك فإن الرهن يسري في حق الشركاء وفي حق دائنيهم وفي حق الخلف الخاص و الخلف العام(1).

أما بعد القسمة فإنه وتطبيقا لأحكام المادة 890 الفقرة الأولي من القانون المدني، نقول إن المشرع رتب نفس الحكم أي أن الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع يبقي نافذا وصحيحا في حقهم جميعا، فتكون كل حصة مفرزة بعد القسمة مثقلة بالرهن الذي رتبه الشركاء قبل القسمة. ولكن يبقى التساؤل مطروحا في الحالة التي يختص فيها أحد الشركاء بكل العقار بعد القسمة. ويختص باقي أو كل واحد من باقي الشركاء بحصة مفرزة من عقارات لم تكن مشمولة بالرهن قبل

(1) ــ **عبد الرزاق احمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني – التأمينات الشخصية والعينية – المجلد العاشر، ص 323 .**

القسمة، ومثالها أن شخصين يملكان في الشيوع قطعة أرض ومسكن مستقل عن القطعة الأرضية. وقررا قبل القسمة رهن القطعة الأرضية، ولكن بعد القسمة إختص أحدهما بالقطعة الأرضية فيما إختص الثاني بالمسكن. فما هو مصير الرهن المرتب علي القطعة الأرضية ؟.

والجواب يكون من خلال نص المادة 890 التي كرست صحة و نفاذ الرهن الصادر من المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة، حتى وإن كانت قاعدة الأثر الرجعي للقسمة تقتضي أن ينتقل الرهن بنسبة حصة الشريك الذي إختص بالعقار كله أي بنسبة النصف في مثالنا السابق. غير أن المشرع لم يأخذ بهذه القاعدة وقرر إنتقال العقار مثقلا بالرهن حتى وإن إختص به شريكا واحدا بعد القسمة.

وفي حالة عدم إمكانية قسمة العقار، قسمة عينية لإستحالتها وتم بيع العقار الشائع، فإنه ينتقل مثقلا بالرهن المترتب عليه سواء كان البيع حاصل لأحد الشركاء أو لأجنبي وهذا ما قررته المادة 890 من القانون المدني.

ونخلص في هذا الإطار إلى أن الرهن الرسمي الذي يرتبه الشركاء مجتمعين على العقار الشائع كله لا يثير أي إشكال، وذلك لوجود النص القانوني الذي قرر بأنه يبقي نافذا الرهن الذي يرتبه المالكين لعقار شائع مهما كانت نتيجة القسمة. بمعني أخر أنه لا يتأثر بنتيجة القسمة، أو حتى بعد بيع العقار في حالة إستحالة قسمته عينا.

2 - 2 ـ الرهن الحيازي

تنص المادة 948 من القانون المدني على أن " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو علي غيره، أن يسلم إلي الدائن أو إلى أجنبي يعينه

المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيئ إلي أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشئ في أي يد يكون ".

وتضيف المادة 949 من نفس القانون علي أنه "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلاّ ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار ".

يستفاد من هذين النصين أن الرهن الحيازي يمكن ترتيبه على المنقول و العقار بشرط أن يكون قابلا للبيع مستقلا عن طريق المزاد العلني.

وما يلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض لأحكام الرهن الحيازي الذي قد يرتبه الشركاء في الشيوع على العقار الشائع، خلافا لما أورده بخصوص الرهن الرسمي. وطالما أنه لا يوجد نص يحدد أحكام هذا التصرف، و لا توجد إحالة صريحة على أحكام الرهن الرسمي، فإنه وحسب رأينا، لا مانع من تطبيق أحكام الرهن الرسمي وهو ما ذهب إليه بعض الفقه(1)، من أنه إذا رهن الشركاء مجتمعين العقار الشائع كله رهنا حيازيا، فإنه يبقي نافذا أو صحيحا أيا كانت نتيجة القسمة أو حتى بعد بيعه عند إستحالة قسمته، بشرط مراعاة أن يكون العقار المرهون رهنا حيازيا قابلا للبيع مستقلا بالمزاد العلني.

المطلب الثاني

تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع

يجوز للشركاء مجتمعين التصرف في جزء مفرز من العقار الشائع، وذلك على غرار ما رأيناه في جواز تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع. وإذا كنا قد رأينا في المطلب الأول المتعلق بتصرف الشركاء مجتمعين في

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري- **الوسيط في شرح القانون المدني – التأمينات الشخصية والعينية – المجلد العاشر، ص 326 .**

العقار الشائع كله، ورأينا بأن تصرفهم إذا كان ناقلا للملكية يعد بمثابة إنهاء حالة الشيوع، بالنسبة للعقار الشائع محل التصرف، وبالتالي يكون تصرفهم صحيحا ونافذا في حقهم جميعا. ولا يمكن الاحتجاج من قبل أحدهم حتى بعد القسمة، فإنه أيضا في حالة تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع، سواء بنقل ملكية هذا الجزء المفرز، أو ترتيب حقا عينيا أصليا، كالإنتفاع أو الإرتفاق، أو حقا عينيا تبعيا كرهنه رهنا رسميا. و سنعرض لحكم تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع، بتصرف ناقل للملكية كالبيع مثلا، ثم إلى حكم ترتيبهم لحق عيني أصلي أو تبعي على جزء مفرز من العقار الشائع ومدى تأثير القسمة على ذلك.

1 ـ تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع لجزء مفرز من العقار الشائع

يحق للشركاء مجتمعين أن يقوموا ببيع جزء مفرز من العقار الشائع، ويبقي ذلك البيع نافذا وصحيحا في حقهم جميعا فيما يخص الجزء محل البيع. ومثاله لو أن ثلاثة أشخاص يملكون في الشيوع مترلا يتكون من طابقين، وأجمعوا علي بيع الطابق الأول بإعتباره جزءا مفرزا من العقار الشائع، فإن ملكية هذا الطابق تنتقل إلى المتصرف إليه، سواء كان أجنبيا أو أحدهم بإتمام إجراءات نقل الملكية من تسجيل وشهر. وبذلك يخرج الطابق محل البيع من الشيوع ويبقي الطابق الثاني شائعا بينهم الثلاثة، ويكون ثالثهم الذي كان التصرف صادرا إليه ببيع الطابق الأول مالكا ملكية مفرزة لذلك الطابق وشريكا في الشيوع بنسبة نصيبه في ذلك فيما يخص الطابق الثاني الباقي في حالة الشيوع ويترتب علي ذلك أنه لا يدخل في أية قسمة قد تقع بين الشركاء.

ويأخذ حكم البيع الصادر من الشركاء مجتمعين لجزء مفرز من العقار الشائع، الهبة والوصية بإعتبارهما من التصرفات الناقلة للملكية ويراعى في ذلك إتمام إجراءات نقل الملكية فقط.

2 ـ ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني اصلي أو تبعي على جزء مفرز من العقار الشائع

يمكن للشركاء مجتمعين أن يقرروا ترتيب حق عيني أصلي كالإنتفاع أو الإرتفاق على جزء مفرز من العقار الشائع، ويكون ذلك نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعدها. ولا يمكن لأحدهم أن يحتج إذا ما وقع الجزء المثقل لحق الإرتفاق، كالمرور مثلا في نصيبه بعد القسمة بأنه لم يقرر ذلك لأنه رتبه على جزء مفرز بنسبة حصته الشائعة، بل يبقي ذلك الجزء المفرز الذي آل إليه بعد القسمة مثقلا بالإرتفاق المرتب عليه مهما كان نوعه ،ويخضع ذلك الارتفاق للإجراءات التي يخضع لها التصرف الناقل للملكية من رسمية وتسجيل و شهر بالمحافظة العقارية، وذلك بإعتباره حقا عينيا. وهذا ما كرسه الإجتهاد القضائي، ذلك أن المجلس الأعلى للقضاء في قراره المؤرخ في 1983/10/26 ملف رقم 29501، كرس بأن حق الإرتفاق هو حق عيني لا تنتقل ملكيته إلاّ بكتابة عقد رسمي مع الإشهار تطبيقا للمادة 12 من قانون التوثيق وجاء فيه:" إن الطبيعة القانونية المضفاة علي حق الإرتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع إنتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق، لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الإحتجاج به تجاه الغير، ومن ثمة كان وجوبا علي الأطراف إفراغ الإتفاق المبرم حوله، في عقد رسمي وتولي إجراءات إشهاره ليصبح بالتالي التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن"(1).

كما أنه يمكن للشركاء مجتمعين ترتيب حق عيني تبعي علي جزء مفرز من العقار الشائع وذلك برهنه رهنا رسميا مثلا. ويأخد نوع التصرف نفس حكم رهن

(1) ــ **المحكمة العليا ــ الغرفة المدنية ــ قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 29501 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول، ص 45 .**

جميع الشركاء للعقار الشائع كله، ذلك أن الرهن يبقي نافذا في حقهم جميعا سواء قبل القسمة أو بعد قسمة العقار الشائع. والإشكال لا يطرح قبل القسمة ولكن قد يختص أحد الشركاء بالجزء المفرز المرهون ويكون من نصيبه بعد القسمة. فهل لــه أن يحتج بإنقاص الرهن إلي حدود حصته بإعتباره رهن بنسبة ذلك؟.

إن أحكام المادة 890 من القانون المدني مقررة لقاعدة عامة أو لمبدأ عام، وهو نفاذ الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع مهما كانــت نتيجــة القســمة. ونلاحظ أن المادة جاءت علي إطلاقها و لم تحدد فيما إذا كان الرهن الصادر مــن الملاكين لعقار شائع، مرتبا على العقار الشائع كله أو على جزء مفرز منه.

ولذلك وعلى سبيل المثال لو أن قطعة أرضية ومسكن يملكها شخصين بنسبة النصف لكل واحد منهما ملكية شائعة وقررا الإثنين ترتيب رهنا رسميا على قطعــة الأرض لفائدة شخص أجنبي أو لفائدة أحدهما، ضمانا لدين ما، فإن الرهن يكــون نافذا في حقهما قبل القسمة ولا يطرح أي إشكال، أما إذا وقعت القسمة وإختص أحدهما بالقطعة الأرضية المرهونة، فإنه وتطبيقا لأحكام المادة 890 قانون مدني فإنه لا يمكنه الإحتجاج بالإنتقاص من الرهن الرسمي بل تنتق إليه القطعة الأرضية مثقلة بالرهن الرسمي وتنتقل ملكية المترل خالية من أي رهن إلى الشريك المشتاع الآخر.

المبحث الثاني
تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع

تنص المادة 720 من القانون المدني الجزائري على أنه : " للشــركاء الــذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا اســتندوا في ذلك إلى أسباب قوية، علي أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراهم إلى باقي الشــركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلي المحكمة خلال شهرين من وقت الإعــلان،

وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء، أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا ".

يستفاد من هذا النص أنه قد يتعذر إجماع الشركاء على التصرف في العقار الشائع سواء كله أو جزء مفرز منه، رغم وجود أسباب قوية لذلك التصرف، فأجاز المشرع للشركاء الذين يملكون علي الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع أن يقرروا التصرف فيه أو في جزء مفرز منه، وبالمقابل قرر لفائدة الأقلية ضمانات كافية.

وتشترط المادة أن تكون الأغلبية لتقرير التصرف في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، أن يكون عددا من الشركاء يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، والعبرة بالأغلبية هي من يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع، بغض النظر عن الأغلبية العددية، فقد يملك شريكا واحدا نسبة ثلاثة أرباع من العقار الشائع، وبذلك يشكل الأغلبية المطلوبة في نص المادة، وفي المقابل قد تكون الأقلية تتشكل من عدد من الشركاء أكثر ممن يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع، وبذلك يجوز لهذا الشريك الذي يملك ثلاثة أرباع العقار الشائع والمشكلا للأغلبية أن يقرر التصرف في العقار الشائع، إذا ما وجدت أسباب قوية لذلك. وعليه سوف نبحث في الأسباب القوية لتصرف الأغلبية الكبيرة في العقار الشائع في مطلب أول، ونخصص المطلب الثاني لبحث ضمانات الأقلية المعترضة على تصرف الأغلبية الكبيرة في العقار الشائع.

المطلب الأول

الأغلبية اللازمة و الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع

حتى يمكن للشركاء في الشيوع في حالة تعذر إجماعهم، أن يتصرفوا في العقار الشائع إشترط المشرع توفر أغلبية محددة وقيام أسباب قوية لذلك.

1 ـ الأغلبية اللازمة للتصرف في العقار الشائع

إذا ما تعذر إجماع الشركاء على التصرف في العقار الشائع بالرغم من قيام أسباب قوية لذلك، فإن المشرع أعطى للأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع العقار الشائع حق التصرف فيه، والأغلبية التي أقرها النص القانوني ليست أغلبية عددية، وإنما محددة بنسبة من يملك ثلاثة أرباع علي الأقل من العقار الشائع. وبذلك يمكننا أن نتصور أن شريكا واحد قد يشكل الأغلبية وذلك بإمتلاكه نسبة ثلاثة أرباع من العقار الشائع. وفي المقابل يملك معه أكثر من إثنين الربع الباقي. ويصبح عدد الشركاء الذين يملكون الربع مشكلين للأقلية بالنسبة له.

ونستنتج من ذلك أن الأغلبية اللازمة التي يمكنها تقرير التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، تتحدد بنسبة من يملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع وليس بعدد الشركاء المشتاعين.

والرأي في ذلك أن المشرع إعتمد في تحديد الأغلبية على غير القاعدة العامة، معيارا موضوعيا وذلك بإقرار نسبة الملك، وليس بالأغلبية العددية الذي هو معيار ذاتي أو شكلي.

وحتى يمنع تعسف الأغلبية في إستعمال حقها في التصرف في العقار الشائع، قرّر ضرورة قيام أسباب تكون قوية لذلك، بالإضافة إلى تقريره ضمانات كافية للأقلية.

2 ـ الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع

إشترط المشرع لإمكانية تصرف الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع من العقار الشائع، إستنادها في ذلك إلي أسباب قوية تستوجب تقرير التصرف في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، لاسيما إذا كانت القسمة تضر بمصالحهم، كأن يتطلب العقار الشائع أموالا لصيانته أو تحسينه تستدعي رهنه صمانا لقرض من اجل ذلك، أو عرض ثمن مربح في حالة بيعه يخشى عدم تحققه مستقبلا في حالة عدم بيعه.

ويثار التساؤل هنا حول طبيعة هاته الأسباب القوية التي يستند عليها الشركاء الذين يشكلون الأغلبية في تصرفهم، والقول فيما إذا كانت من الموضوع أي أنها تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وبالتالي لا رقابة للمحكمة العليا؟. أم أنها مسألة قانون يمكن للمحكمة العليا ممارسة الرقابة عليها ؟.

وحسب رأينا فإن مسألة تحديد وتقدير ما إذا كانت الأسباب التي إستند اليها الشركاء في الشيوع الذين يشكلون الأغلبية اللازمة في تصرفهم في العقار الشائع كله أو في جزء مفرز منه، هي مسألة موضوع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في وقائع الدعوى. ذلك ان ما قد يراه قاضي ما بمحكمة ما سببا قويا قد يراه قاضيا أخر، حتى بنفس المحكمة، سببا غير قوي و لا يسمح بالأغلبية بإعتماده للتصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه. وبالتالي فإنه مسالة موضوع لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقدير ما إذا كان السبب المعتمد قويا أو ضعيفا، وإنما تبسط رقابتها فقط في مدي مناقشة هذا الشرط بإعتباره من المسائل القانونية، ولا يجوز لها أن تقرر أن السبب قويا أو ضعيفا.

وإذا كان المشرع أعطي للشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع العقار الشائع الحق في التصرف فيه كله أو في جزء مفرز منه إذا إستندوا في ذلك إلي أسباب قوية، فإنه في المقابل أعطي بنفس النص للأقلية من الشركاء الذين يملكون في نفس

العقار الشائع ضمانات كافية تحميهم من تعسف الأغلبية، وذلك بتقريره إجراءات خاصة لمصلحتهم. وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني
ضمانات الأقلية مت الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع

يتضح من خلال نص المادة 720 من القانون المدني أن المشـرع وازن بـين حقوق الأقلية، وذلك بإقراره لإجراءات وشروط أوجبها علي الأغلبيـة المتصـرفة إتجاه الأقلية. فبالإضافة إلي وجوب توفر شرط ملكية ثلاثة أرباع من العقار الشائع والإستناد إلي أسباب قوية، لابد من إعلان هذا التصرف إلي الأقلية بواسطة عقـد غير قضائي، ليكون للأقلية حق الإعتراض على ذلك التصرف خلال شهرين مـن تاريخ الإعلان، وذلك أمام المحكمة التي لها أن تفصل في ذلك بـالنظر إلي نتيجـة القسمة فيما إذا كانت تضر بمصالح الشركاء. وسنتعرض لـذلك بتبيـان نوعيـة الإعلان ومدى وجوبه لعلم الاقلية، ثم إلي المحكمة المختصـة وكيفيـة الفصـل في دعوى الإعتراض.

1 ـ طبيعة الإعلان الموجه إلي الأقلية

لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 720 من القانون المدني بأنـه علـى الأغلبية التي تملك ثلاثة أرباع العقار الشائع عند تقرير التصرف في العقار الشـائع كله أو جزء مفرز، وكانت مستندة لأسباب قوية، أن تعلـن قرارهـا إلى الأقليـة (باقي الشركاء) بعقد غير قضائي. ويستفاد من ذلك أن المشرع أوجب الكتابـة في الإعلان ولا يعتد حينها بالإعلان الشفوي، وذلك بان يكون الإعلان عن طريـق محضر قضائي أو برسالة مضمونة الوصول. وبإستثناء شكلية الكتابة للإعلان، فـإن المشرع لم يشترط على الأغلبية أن تذكر فيه بيانات محددة على سـبيل الحصـر،

فيكفي عندئذ أن تذكر في الإعلان قرارها في التصرف دونما حاجة إلى ذكر نوع التصرف.

ويطرح التساؤل حول علم الأقلية بقرار الأغلبية في التصرف دون إتصالها بالإعلان، أي بمجرد علمها بقرار الأغلبية بالتصرف في العقار.

غير أن المحكمة العليا أكدت في إجتهادها القضائي، وأذكر هنا القرار رقم 92343 الصادر بتاريخ 1992/10/28 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1994 في عددها الأول، شرط الإعلان لباقي الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا إستندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء.

ولما ثبت ــ من مستندات القضية الحالية ــ أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام، قام ببيع ثلاثة أرباع العقار المشاع ؟ إلي المدعى عليهم دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء لما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض"[1].

2 ـ المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الإعتراض

بمجرد إعلان الأغلبية بقرارها الرامي إلى التصرف في العقار الشائع كله أو جزء منه، إلى الأقلية، فإن هؤلاء في حالة مخالفتهم قرار الأغلبية، حق اللجوء إلى المحكمة برفع دعوى موضوعها الإعتراض على قرار الأغلبية، وذلك خلال شهرين من وقت الإعلان. ويسقط حقهم في ذلك عند فوات مدة الشهرين، ويطرح التساؤل في الحالة التي يوجه فيها الإعلان، غير أن الأقلية لم تتوصل به، خاصة وأن

(1) ــ المحكمة العليا – الغرفة المدنية – قرار بتاريخ 1992/10/28 ، تحت رقم 92343، المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الأول ، ص 38 .

النص يحدد بداية حساب مدة الشهرين من وقت الإعلان؟ فهل المقصود به بداية الأجل من تاريخ الإعلان؟ أم من تاريخ توصل الأقلية بالإعلان؟.

أن بداية حساب الأجل المحدد بشهرين يبدأ حسب رأينا من تاريخ الإعلان وليس من تاريخ توصل الأقلية به، بشرط أن يكون الإعلان صحيحا، أي أنه موجه بموجب عقد غير قضائي، سواء عن طريق المحضر القضائي أو بموجب خطاب مضمون الوصول وثابت التاريخ. غير أن الأجل المحدد في المادة 720 من القانون المدني يبقي مفتوحا في حالة عدم توجيه الإعلان بالكيفية السابقة، إلاّ في حالة رفع الأقلية لدعوى الإعتراض قبل إتصالها بالإعلان، أي بمجرد علمهم بقرار الأغلبية بالتصرف في العقار.

وترفع دعوى الإعتراض أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار الشائع محل التصرف، وذلك على أساس أن هذه الدعوى هي دعوى عقارية تهدف إلى حماية حق الأقلية في الملكية وهي القاعدة العامة في مثل هذه الدعاوى، وبها عمل المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية.

وبعد رفع الدعوى من قبل الأقلية أمام المحكمة المختصة، فإن هذه الأخيرة تنظر فيما إذا كانت تلك الدعوى قد رفعت في الأجل. فإذا كانت كذلك قبلتها وتمحصت موضوعها، بدءا بالنظر في الأسباب التي إستندت عليها الأغلبية في قرارها بالتصرف في العقار الشائع. فإذا ما قدرت بأنها أسباب قوية تستدعي التصرف في العقار الشائع من قبل الأغلبية، تنظر بعد ذلك فيما إذا كانت قسمة العقار الشائع تضر بمصالح الشركاء. فإذا رأت أن القسمة لا تضر بمصالح الشركاء، قضت من تلقاء نفسها بقسمة العقار وبذلك تنتهي حالة الشيوع.

أما إذا ما قدرت أن قسمة العقار الشائع من شأنها الإضرار بمصالح الشركاء، خاصة إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة، وكان التصرف الذي سوف تقوم بــه الأغلبية مستندا إلى أسباب قوية، فإنها تقضي بأحقيتها في ذلك ومن ثم يصبح ذلك التصرف نافذا في حق الأقلية التي لا يمكنها بعد ذلك الإعتراض عليه.

وأما إذا تبين للمحكمة أن الأسباب التي إستندت اليهــا الأغلبيــة لا تــبرر إقدامها علي التصرف في العقار الشائع كله أو جزء مفرز منه، وأنه غير لازم، فإنها تقضي بإلغاء قرار الأغلبية و لم يعد بعد ذلك التصرف ممكنا إلاّ بإجماع الشركاء[1].

(1) ـــ عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – حق الملكية – المجلد الثامـــن، ص 841 .

الخاتمـــــــــة

الخـاتمـة

نخلص من بحثنا لموضوع التصرف في الملكية العقارية الشائعة ، إلى أن المشرع وضع مبدأ عاما قوامه أن الشريك يملك حصته الشائعة ملكا تاما وله أن يتصـــرف فيها بجميع أوجه التصرف، وان أخد أغلبية الشركاء في الشيوع الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع العقار الشائع، أن يتصرفوا في العقار الشائع كله متى اســتندوا في ذلك إلى أسباب قوية دون الحاجة إلى موافقة الأقلية منهم بـــل حـــتى في حالـــة اعتراضهم على التصرف .

وإذا كان غرض المشرع من منح الحق للأغلبية ،التصرف في العقار الشـــائع وحمايته من تعنت الأقلية منها، فإن إغفال المشرع بيان الأسباب القوية التي يمكن أن تستند إليها الأغلبية في العقار الشائع، من شأنه أن يمكن هذه الأغلبية من التعســـف في حق الأغلبية، التي يبدو من ظاهر النصوص القانونية المنظمـــة ل التصـــرف في العقار الشائع، أن المشرع قد حرمها من حقها في التصرف في الجزء الذي تملكـــه مجتمعة .

و لذلك وجب أن يتدخل المشرع ، قصد إيجاد أو وضـــع أحكـــام دقيقـــة وواضحة، تنظم التصرف في العقار الشائع على نحو يحول دون تعسف أي شـــريك في الشيوع، سواء كان يمثل الأغلبية من الشركاء أو الأقلية منها، مع بيان الأسباب التي يمكن إن تستند إليها الأقلية أو الأغلبية للقيام بأي تصرف في هـــذا العقـــار، وبالتالي سد الفراغ، الذي تنطوي عليه نصوص القانون المدني، في بـــاب الملكيـــة الشائعة، حسب ما هو مفصل في متن البحث .

ولعل أن غموض النصوص المنظمة للتصرف في الملكية العقارية الشائعة، هـــو السبب في أن تكون بعض الأحكام القضائية لا تتطابق و ظاهر هذه النصوص، وفي قلة الاجتهاد القضائي والفكري الذي غالبا ما يعطي للوقائع المعروضة عليه في مجال الملكية الشائعة، تكييفا آخر كوسيلة لفض التراعات المتعلقة .

قائمة المراجع

المراجـــع

أولا : الكتب

- أنور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني – الأجزاء ، 2 ، 11 ، 13 ، 14 .المكتب الجامعي الحديث - الازاريطة - الإسكندرية . الطبعة 2004 .
- أنور طلبة، الملكية الشائعة – المكتب الجامعي الحديث - الازاريطة - الإسكندرية ، الطبعة 2004 .
- بشير قدوج، نظام القانوني للملكية العقارية من خلال النصوص الصادرة من 1962 إلى 1999 - الديوان الوطني للأشغال التربوية - الجزائر ، الطبعة 2003
- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق - الجزءان الأول والثاني - توزيع دار الفكرالعربي ، دون سنة .
- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - الأجزاء ، 1 ،4 ، 8، 9، 10 ، دار إحياء الثرات العربي – بيروت – لبنان ، الطبعة 1970 .
- عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية - توزيع دار الفكر العربي، سنة1991 .
- عبد المنعم فرج الصدة ، الملكية في القوانين البلاد العربية - توزيع دار الفكر العربي، دون سنة .
- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العقارية في التشريع الجزائري - دارهومة - الجزائر ،الطبعة 2003 .
- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية - توزيع دار الكتاب الحديث، دون سنة .
- نبيل إبراهيم سعد ، حقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، دون سنة .

ثانيا : المحاضرات

- عبد الرحمان ملزي ، نطاق حق الملكية وحمايته - المدرسة العليا للقضاء ، سنة 2002 - 2003 .

ثالثا : النصوص القانونية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني - المعدل والمتمم - .
- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 تتضمن قانون الإجراءات المدنيـــــــة – المعدل و المتمم –

- الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 1975/11/12 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .
- قانون رقم 90/25 المؤرخ في 1990/11/18 يتضمن التوجيه العقاري .
- قانون رقم 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .
- المرسوم رقم 83/352 المؤرخ 1983/05/21 يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

رابعا : الأحكام والقرارات القضائية

- المحكمة العليا ـ الغرفة المدنية ـ قرار بتاريخ 1990/10/28 تحت رقم 92343 ، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الأول ص 38 .
- المحكمة العليا ـ الغرفة المدنية ـ قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 29501 ، المجلة القضائية لسنة 1989 ،العدد الأول ص 45.
- المحكمة العليا ـ الغرفة المدنية ـ قرار بتاريخ 1987/04/08 تحت رقم 39496 ،المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث ، ص 9 .
- المحكمة العليا ـ الغرفة المدنية ـ قرار بتاريخ 1990/10/29 تحت رقم 63765 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ،العدد الرابع ، ص 28 .
- المحكمة العليا ـ الغرفة العقارية ـ قرار بتاريخ 1999/03/24 تحت رقم 186043،المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد الرابع، ص 195 .
- المحكمة العليا ـ الغرفة المدنية ـ قرار بتاريخ 1983/10/26 تحت رقم 28369 ،المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الثالث ص 16 .

خامسا : مواقع الانترنت

- رلي صفير ـ ملكية الشائعة لاستغلالها و إدارتها والتصرف بها وقسمتها ـ بتاريخ 2002/08/01 مجلة الجيش، عدد 2006 .

www.lebarmy.gov.lb/article.asp

- الملكية ـ قسم التحرير (دون ذكر صاحب المقال) .

www.f-law.net

- الحقوق المترتبة على الملكية العقارية وطرق إثباتها،التعمير دوت كوم (دون ذكر صاحب المقال).

www.ar.jurispedia.org/index.php

فهرس المحتويات

فـــهــرس

الموضـــــــــــوع	الصفحة
مقدمـــــة	01
الفصل الأول تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع	04
المبحث الأول : تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار	05
المطلب الأول : حكم تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة في العقار	05
أولا : الحقوق العينية الأصلية الجائز ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار من قبل الشريك في الشيوع	11
ثانيا: الحقوق العينية التبعية التي يمكن ترتيبها على الحصة الشائعة في العقار الشائع	14
1 - حــق التخصيــص	14
2 - حــق الامتيـــاز	15
3 - الرهــن الرسمـــي	17
4 - الرهـــن الحيـــازي	19
المطلب الثاني : أثر تصرف الشريك منفردا في حصته الشائعة على حق شركائه في سترداد الحصة	21
أولا : شروط حق الإسترداد وإجراءاته	22
1 - شروط حق الإسترداد	23
1 - 1 - أن يصدر بيع من أحد الشركاء في الشيوع	23
1 - 2 - أن يرد هذا البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال المنقول أو العقار	24
1 - 3 - أن يقع البيع إلى أجنبي عن الشركاء	24
1 - 4 - أن يكون المسترد أحد الشركاء	24
2 - إجراءات الاسترداد	25
2 - 1 - ميعاد الإسترداد	25
2 - 2 - الكيفية التي يحصل بها الإسترداد	26
ثانيا : شروط حق الشفعة و إجراءاتها	28
1 - شروط حق الشفعة	28
1 - 1 - أن يكون هناك عقار شائع	28
1 - 2 - أن يكون التصرف بالبيع منصبا علي حصته شائعة	29
1 - 3 - أن يكون بيع الحصة الشائعة صادرا لأجنبي	29
1 - 4 - أن يكون التصرف بيعا	29
2 - إجراءات الشفعة	30
2 - 1 - إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة	30

الموضـــــــــــوع	الصفحة
2 - 2 - رفع دعوى الشفعة	33
2 - 2 - 1 - الطبيعة القانونية لدعوى الشفعة	33
2 - 2 - 2 - المحكمة المختصة في نظر دعوى الشفعة	34
2 - 2 - 3 - ميعاد رفع دعوى الشفعة	35
2 - 2 - 4 - الحكم في دعوي الشفعة	35
المبحث الثاني : تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من العقار الشائع	40
المطلب الأول : حكم جهل المشتري أن الشريك البائع يملك المبيع مفرزا في العقار	41
الشائع	
1 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا قبل قسمة	41
العقار الشائع	
2 - حكم جهل المشتري أن البائع يملك المبيع مفرزا بعد قسمة	43
العقار الشائع	
أ - الجزء المفرز المبيع يقع في نصيب الشريك البائع	43
ب - الجزء المفرز المبيع لا يقع في نصيب الشريك البائع	43
المطلب الثاني : حكم علم المشتري أن الشريك البائع لا يملك المبيع مفرزا	45
1 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا قبل قسمة	45
العقار الشائع	
2 - حكم علم المشتري أن البائع لا يملك المبيع مفرزا بعد القسمة	47
المبحث الثالث : تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله	
المطلب الأول : حكم تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله	49
1 - حكم جهل المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع	49
أ - فيما بين المتعاقدين	49
ب - بالنسبة إلى المالك الحقيقي	51
2 - حكم علم المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع	52
المطلب الثاني : أثر تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع كله على حقوق شركائه فيه	53
- دعوى الاستحقاق وطرق الإثبات فيها :	54
أ - ماهية دعوى الاستحقاق وتمييزها عن باقي الدعاوى	
ب - طرق الإثبات في دعوى الاستحقاق	55
1 - وجود دفتر عقاري بعد عملية المسح	55
2 - وجود محرر رسمي مشهر بالمحافظة العقارية	57
3 - وجود محرر رسمي عرفي اكتسب تاريخا ثابتا قبل	58
1971/01/01	60
4 - وجود محرر غير ثابت التاريخ أو ثابت التاريخ بعد	61
1971/01/01	
	62

الموضـــــــــــوع	الصفحة
الفصل الثاني **تصرف الشركاء مجتمعين أو الأغلبية منهم في العقار الشائع**	64
المبحث الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع	64
المطلب الأول : تصرف الشركاء مجتمعين في العقار الشائع كله	65
أولا : التصرفات الناقلة للملكية	65
1 - بيع الشركاء مجتمعين للعقار الشائع كله	65
2 - الهبـــــــة	67
ثانيا : ترتيب حق عيني أصلي أو تبعي على العقار الشائع كله من قبل الشركاء مجتمعين	68
1 - ترتيب حق عيني أصلي	68
أ - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق انتفاع على العقار الشائع كله	68
ب - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق ارتفاق على العقار الشائع كله	72
2 - ترتيب حق عيني تبعي	81
2 - 1 - الرهن الرسمي	82
2 - 2 - الرهن الحيازي	83
المطلب الثاني : تصرف الشركاء مجتمعين في جزء مفرز من العقار الشائع	84
1 - تصرف الشركاء مجتمعين بالبيع لجزء مفرز من العقار الشائع	85
2 - ترتيب الشركاء مجتمعين لحق عيني اصلي أو تبعي على جزء مفرز من العقار الشائع	86
المبحث الثاني : تصرف الأغلبية الكبيرة من الشركاء في العقار الشائع	87
المطلب الأول : الأغلبية اللازمة و الأسباب القوية للتصرف في العقار الشائع	88
1 - الأغلبية اللازمة للتصرف في العقار الشائع	89
2 - الأسباب القوية لتصرف الأغلبية في العقار الشائع	89
المطلب الثاني : ضمانات الأقلية مت الشركاء عند تصرف الأغلبية في العقار الشائع	91
1 - طبيعة الإعلان الموجه إلي الأقلية	91
2 - المحكمة المختصة بالفصل في دعوى الإعتراض	92
الخاتمة	95
قائمة المراجع	96
فهرس المحتويات	98

Résumé :

Les conflits qui se posent à la juridiction concernent essentiellement la propriété immobilière ainsi que la propriété immobilière indivisible. Ceci est du au nombre important de ce genre de propriété en Algérie suite au facteur de l'héritage qui constitue la cause majeur de l'origine des divergences, et suite également au besoin des propriétaires a gérer leur propriété sans pour autant mettre fin aux divergences. Cet état de fait est une des raisons principales qui nous a poussé à choisir ce thème de recherches et à le traiter. Nous avons donc adopté une approche descriptive et déductive des textes en plus de notre activité juridique basée sur la jurisprudence.

Pour traiter la problématique du jugement de la gérance assuré envers la propriété immobilière indivise par un partenaire ou par la majorité des partenaires ou par leur totalité, nous avons élaboré un plan constitué de deux chapitres ; le premier est consacré a la recherche de la gérance d'un partenaire de façon individuelle d'une propriété immobilière indivisible tout en traitant les conséquences de cet impact sur le droit de tout les autres partenaires ou sur celui du gérant.

Nous avons compléter notre recherche par une conclusion qui englobe les principaux résultats et suggestions qui se résument comme suit :

1- La non délimitation précise des vraies raisons sur lesquelles se base la majorité des partenaires en divergence lui interdit d'empiéter sur le droit de la minorité.
2- L'ambiguïté des textes juridiques qui régissent la gérance de la propriété indivise en général et la propriété immobilière indivisible en particulier a rendu les décisions de justice dans ce contexte non conformes aux textes en vigueur.
3- Obligation de l'intervention du législateur pour la réorganisation et la délimitation des textes juridiques relatifs a la propriété immobilière indivisible en conformité avec les problèmes concrets exposés dans ce sens.

Mots-clés :

Propriété immobilière, propriété immobilière indivisible, conflit, héritage, gestion de propriété, impact, Algérie.

Abstract :

The conflicts exposed to justice concern essentially the estate property in addition to the indivisible estate property. This is due to the important number of this type of property in Algéria generated by the factor of heritage which constitues the main cause of the origin of divergences. This is one of the major reasons that pushed us to select this topic for our researche. We have, then, adopted a descriptive and deducative approachover texts, in addition to our legal activity based on jurisprudence.

To treat the statment of the problem related to the judgment of managing an indivisible estate property by a partner or by the majority of them or by their totality, we have established an outline which consists of two chapters. The first deal with a research about managing an indivisible estate property by a partner alone showing at the same time the impact generated on the right of all other partners or on that of the manager. The second chapter deals with the management of the indivisible estate property by partners gathered, or by a great majority of them with a glimpse on the consequences of this impact on the right of the minority or on that of the manager.

We have completed our researche with a conclusion that includes the principale results and suggestions summarised as follows :

1- The imprecise definition of the real reasons on which the majority of partners in divergence rely on forbids this majority infringe on the right of the minority.
2- The ambiguity of the legal texts that rule the management of a popular property in general, and the indivisible estate property in particular, has made the decisions of justice in this contexte not in order with the legal texts that applied.
3- The necessary interference of the legislator for the re-organisation and the definition of the legal texts related to the indivisible estate property in conformity whith the concrete problems exposed in this matter.

Key-words :

Estate property, indivisible estate property, conflicts, heritage, property management, impact, Algeria.

الملخـــص

إن ما يطرح من نزاعات حول الملكية العقارية ، بصفة عامة ، و الملكية العقاريـــة الشائعة بصفة خاصة على مستوى القضاء ، وذلك بسبب كثرة هذا النوع من الملكية في الجزائر بالنظر إلى عامل الميراث كأهم سبب من أسباب نشؤ الشيوع ، وحاجة الملاكين إلى التصرف في ملكيتهم دون حاجة إلى إنهاء حالة الشيوع، هو من أهم الأسباب الـــتي جعلتني أقدم على اختيار هذا الموضوع لتناوله بالبحث.

ولقد انتهجت في ذلك منهجا وصفيا استقرائيا للنصوص والاجتـــهاد القضـــائي، مسترشدا بالفقه .

واعتمدت في بحث الإشكالية المتمثلة في حكم التصرفات الـــواردة علـــى الملكيـــة العقارية الشائعة، من احد الشركاء أو الأغلبية منهم، أو جميعهم ، على خطـــة تشـــمل فصلين خصص أولهما لبحث تصرف الشريك منفردا في الملكية العقارية الشـــائعة ومـــا يترتب عن ذلك من أثار على حقوق سائر الشركاء، أو بالنسبة للمتصرف لـــه، فيمـــا خصص الفصل الثاني لتصرف الشركاء مجتمعين أو أغلبية كبيرة منهم، في الملكية العقارية الشائعة ، وما يترتب عن ذلك من آثار على حقوق الأقلية أو المتصرف له.

و قد أنهيت البحث خاتمة ضمنتها أهم ما خلصت إليه من نتائج و اقتراحـــات في أوجزها في الأتي:

1 ـ عدم تحديد الأسباب القوية التي تستند إليهـــا الأغلبيـــة مـــن الشـــركاء في الشيوع، تحديدا دقيقا يمنعها من التعسف في حق الأقلية منها .

2 ـــ عدم وضوح النصوص القانونية المنظمة للتصرف في الملكية الشائعة عمومـــا، والملكية العقارية الشائعة خصوصا، الأمر الذي جعل أحكام القضـــاء في هـــذا الشـــأن لاتتطابق وظاهر هذه النصوص.

3 ـ وجوب تدخل المشرع لإعادة تنظيم وتحديد أحكام الملكية العقارية الشـــائعة، وجعلها متناسقة مع ما هو معروض من إشكالات واقعية في هذا الخصوص .